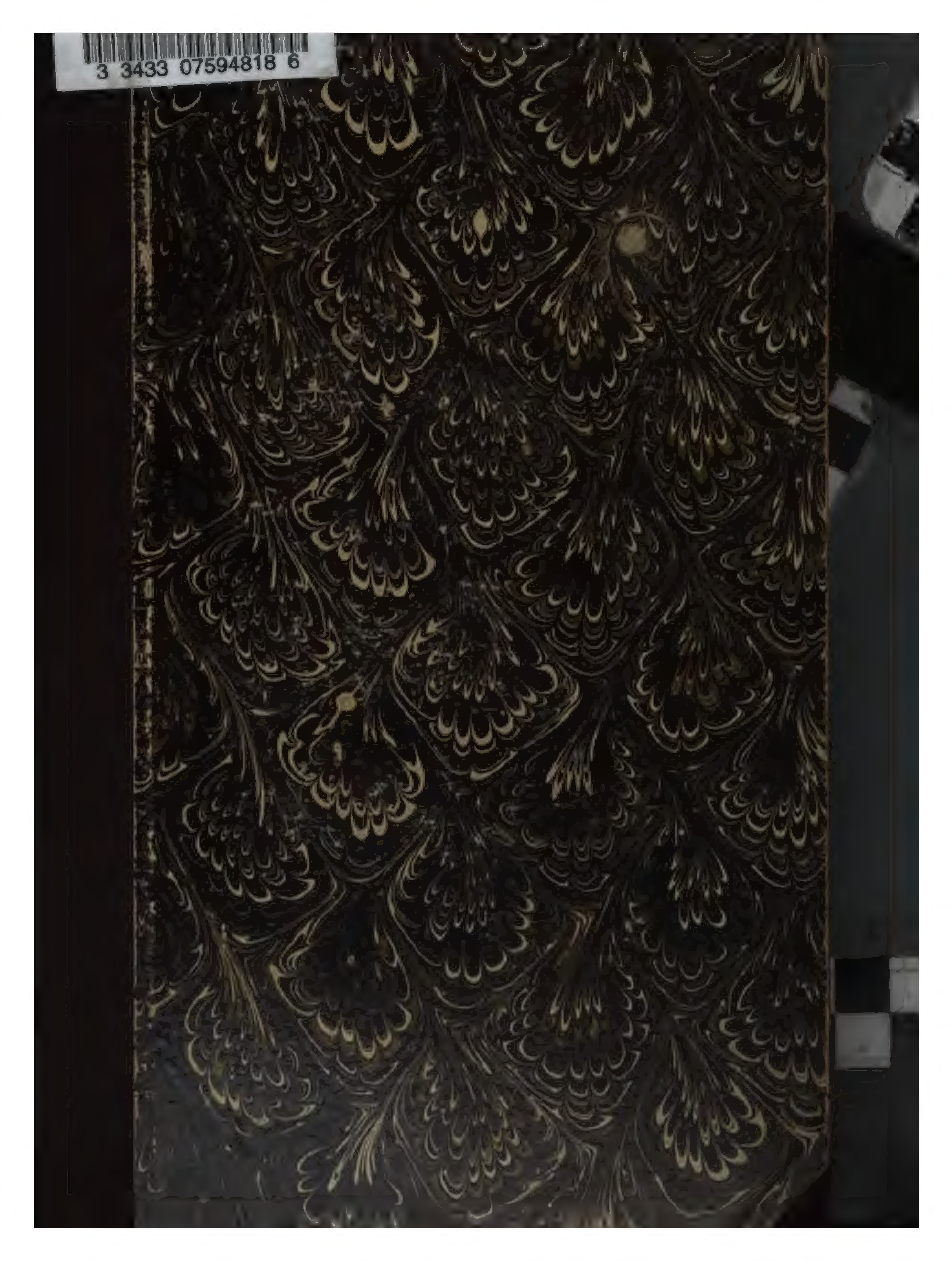

3 3433 07594818 6



Die Wahlbestechung.

Eine strafrechtliche Untersuchung

von

Dr. jur. Berthold Freudenthal.

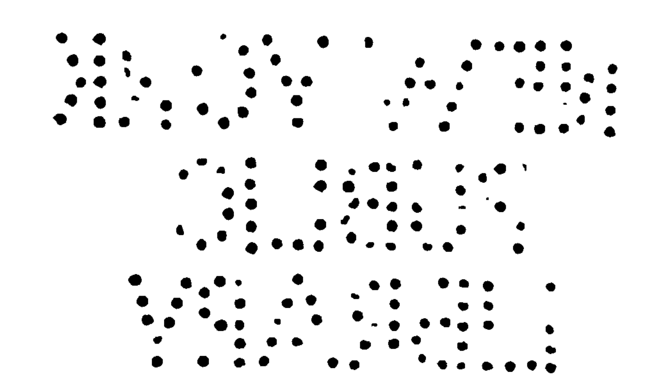


BRESLAU 1896.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.



Inhalts-Übersicht.

Einleitung.

Überall wo Volkswahlen irgend welche Bedeutung haben, regt sich das Bestreben, ihr Ergebnis in unerlaubter Weise zu beeinflussen. Drei Mittel sind es vorzugsweise, welche der Erreichung dieses Zieles dienen können: Gewaltsame Fernhaltung der Gegner von den Wahlen, Bestechung der Wähler und Fälschung des Wahlergebnisses. Unter diesen Mitteln ist das der Bestechung das brauchbarste; denn Verhinderung der Gegner an Ausübung ihres Wahlrechtes erregt als Gewaltakt zu viel Aufsehen, Fälschung des Wahlergebnisses ist nicht leicht ausführbar und, in grossem Umfange betrieben, schwierig zu verbergen. Weniger auffällig und zugleich wirksamer ist es, den einzelnen Wähler oder Wählergruppen durch Bestechung zu gewinnen.

Der besonderen Verwendbarkeit gerade dieser Form der Wahlbeeinflussung entspricht ihre ausserordentliche Gefährlichkeit für den Staat und die Bedeutung, welche es deshalb für die Gesetzgebung haben muss, ihr in wirksamer Weise zu begegnen. Gesetze gegen Wahlbestechung finden sich demgemäss schon sehr früh, und eine viele Jahrhunderte umfassende Entwickelung ist es, die das Delikt hinter sich hat.

Selbstverständlich ist das geltende Recht, wenn auch von einer Entlehnung oder unmittelbaren Herleitung desselben aus dem Altertum nicht die Rede sein kann, von dieser Entwickelung nicht unbeeinflusst geblieben. So wird es denn angebracht sein, dem Teile dieser Arbeit, der dem geltenden Rechte gewidmet ist, einen Überblick über die früheren Entwickelungsstufen des Delikts voranzuschicken. Freilich ist das Gesamtbild, das seine Geschichte ergiebt, kein einheitliches. Bei seiner Abhängigkeit von den staatlichen Verhältnissen der Jahrhunderte, ja selbst von ihren religiösen Anschauungen, mussten die Gesichtspunkte der gesetzgeberischen Gestaltung und wissenschaftlichen

Behandlung im römischen Reiche andere sein als im Zeitalter des corpus juris canonici, und in diesem wiederum andere als im gemeinen Recht des alten deutschen Reiches. Trotzdem ist auch im scheinbar Verschiedenen oft genug der gleiche Kern verborgen, und gerade aus der Verschiedenheit der Auffassungen lässt sich am sichersten für die Fortbildung des geltenden Rechtes das entnehmen, was jene älteren Rechte von einander übernommen haben.

Der Name des Delikts ist in der Litteratur kein einheitlicher. Bald wird es als Wahlbestechung, bald als Stimmenkauf oder genauer Wahlstimmenkauf bezeichnet. Auch für diese Arbeit empfiehlt es sich, beide Ausdrücke beizubehalten, den ersteren für den geschichtlichen Teil, den letzteren für das geltende Recht.[1])

Wo die Grenze zwischen dem Wahlstimmenkaufe und ähnlichen Delikten liegen muss, besagt jener Name; denn Wahlstimmenkauf ist Kauf von Wahlstimmen; Wahlstimmen aber sind die bei Wahlen abzugebenden Stimmen, wobei einerseits Abstimmungen sachlicher Art, andererseits Ernennungen, Präsentationen u. s. w. nicht als eigentliche Wahlen gelten, obwohl auch bei ihnen oft genug von „Wählen", „Wahlrecht" u. s. w. gesprochen wird. Unter den Wahlen im eigentlichen Sinne des Wortes liegen ferner auch nur Wahlen öffentlich-rechtlicher Art im Rahmen dieser Arbeit; deshalb scheiden für das heutige Recht beispielsweise die Wahlen der Generalversammlung von Aktionären oder Kommanditisten (Art. 249 e H.G.B.) und die der Konkursgläubiger (§ 213 K.O.) von vornherein aus.

Zum Schlusse ein kurzes Wort über das gewählte Thema. Der Versuch, die Wahlbestechung in ihrem Entwickelungsgange zu verfolgen, ist bisher nicht gemacht worden. Darin liegt die Rechtfertigung dieser Arbeit, andererseits aber auch der Grund ihrer Schwierigkeit. Die Vorarbeiten, soweit solche vorhanden sind, haben nicht die Wahlbestechung in ihrem Werden zum Gegenstande, sondern die Delikte, in denen Jahrhunderte lang die Wahlbestechung aufging. Der Weg dieser Arbeiten ist eben deswegen meist nur für eine kurze Strecke der unsrige. Die Punkte zu finden, in denen sich die Wege scheiden, mit anderen Worten, das nicht hierher Gehörige aus den weiteren Deliktskomplexen auszulösen, dazu die bei dem Mangel an Vorarbeiten

---

[1]) Weil in jenem, wenigstens überwiegend, im Gegensatze zu diesem der Abschluss eines Kaufvertrages über die Stimme kein Thatbestandsmerkmal ist.

nicht geringe Gefahr, in einen falschen Weg zu geraten, das sind die Schwierigkeiten, mit denen der historische Teil dieser Arbeit zu kämpfen hat. Geringer sind die der Bearbeitung des geltenden Rechtes, schon darum, weil diese sich auf frühere Behandlungen desselben Gegenstandes stützen kann. Wenn trotz derselben, insbesondere trotz der trefflichen Arbeit von Schneidler (Gerichtssaal XL, 1 ff.), die Auslegung des § 109 des Reichsstrafgesetzbuches hier nochmals versucht wird, so hat dies mehrfache Gründe für sich. Einmal knüpfen sich noch heute an jenen unscheinbaren Paragraphen zahlreiche Meinungsverschiedenheiten, deren Beseitigung wünschenswert wäre, weil die umstrittenen Fragen praktisch wichtig sind. Sodann aber ist es gerade in Fragen politischer Art, wie Schneidler (a. a. O. S. 1) mit Recht bemerkt, gut und in unsrer Zeit in erhöhtem Masse zu erstreben, dass die Wissenschaft die Erwägung des Für und Wider und die Notwendigkeit eigener Entscheidung den Gerichten abnehme.

---

1. Abschnitt.

Die Geschichte der Wahlbestechung.

§ 1.

Römisches Recht.[1])

Die Wahlbestechung ist nach römischem Strafrecht kein besonderes Delikt, sondern ein Bestandteil des alle strafbaren Wahlumtriebe in sich schliessenden crimen ambitus. In Rom, wie überall, überwog die Wahlbestechung alle übrigen Mittel der Beeinflussung, und zwar in dem Masse, dass nicht selten crimen ambitus und Wahlbestechung

[1]) J. Gabaleo, Comes Sarmatorius Ad leg. Jul. de amb. commentatio 1743 bei Dan. Fellenberg Jur. ant. tom. I; C. Sigonius, Opera omnia tom. V: De ant. jure pop. Rom. 1715 lib. II de jud. c. 30; J. G. Heineccius, Antiqu. Rom. syntagma ed. Haubold lib. IV tit. 18 c. 77 ff. 1822; Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 701 ff. 1844; Geib, Lehrb. d. deutschen Strafrechts 1861; Rinkes, Disput. de crim. amb. et de sod. ap. Rom. 1854; Zumpt, Das Criminalrecht der römischen Rep. 1865 ff.; Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. I § 32 1857; vgl. auch E. Laboulaye, Essai sur les lois crim. des Rom. 1845 S. 282 ff. — Unter diesen Schriften war für unsere Arbeit das gelehrte Werk von Zumpt über römisches Strafrecht von besonderem Werte, doch haben seine Auffassungen im Einzelnen wiederholt bekämpft werden müssen.

für gleichbedeutend gehalten worden sind[2]). Trotzdem darf hier nicht ausser Betracht bleiben, dass ambitus der weitere Begriff und Wahlbestechung, wenn auch seine Hauptform, so doch eben nur eine seiner zahlreichen Erscheinungsformen ist. Nur soweit die Geschichte des ambitus zugleich die der Wahlbestechung ist, gehört sie hierher.

Das crimen ambitus entstammt den Zeiten der Republik. Es ist behauptet worden, schon die zwölf Tafeln hätten Bestimmungen darüber enthalten[3]), doch das ist blosse Vermutung. Auch eine lex Pinaria vom Jahre 322 d. St.[4]) und eine lex Poetelia vom Jahre 396[5]) kann übergangen werden, weil sie mit der Bestechung bei Wahlen nichts zu thun hatten. Das erste Gesetz, das diese zum Gegenstande hatte, ist eine lex Cornelia. Ob ihr voller Name Cornelia Baebia oder Fulvia war, oder ob sie von Cornelius Sulla herrührt, kann hier dahin gestellt bleiben. Wichtig ist nur, dass die Bobienser Scholien (zu Cic. pro Sulla c. 5) von ihr sagen:

> „Superioribus temporibus damnati lege Cornelia hoc genus poenae ferebant, ut magistratuum petitione per decem annos abstinerent".

Ist diese Angabe des Scholiasten richtig und erschöpfend — es liegt kein Grund vor, hieran zu zweifeln —, so bestand die Strafe des ambitus damals in zehnjährigem Ausschluss von Amtsbewerbungen[6]). Diese Strafe aber passt nur für den Kandidaten, den Bestechenden,

---

[2]) Theoph. Paraphr. zu § 11 J. de publ. jud. IV, 18. Isidorus Etymol. V, 26, 21: „ambitus judicium in eum est qui largitione honorem capit et ambit.". Hingegen führt Hartmann (in Pauly-Wissowas Realencycl. s. v. ambitus) als Belag für die Identifizierung von ambitus und Wahlbestechung mit Unrecht die Definition des a. an, welche Festus giebt: „crimen avaritiae vel affectati honoris"; da nämlich ambitus ausschliesslich das Delikt des Bestechenden ist, so kann Festus unter avaritia auch nur die Geldgier des Bestechenden, nicht die des Bestochenen meinen.

[3]) Zumpt I, 1, 387 und II, 2, 218. Seine Gründe sind nicht ausreichend; vor allem ist der Beweis dafür, dass die Stelle des Polybius VI, 56 sich auf die 12 Tafeln bezog, nicht erbracht. Dass Geständige strenger als Leugnende bestraft wurden, ist gleichfalls nicht erwiesen (II, 2, 219).

[4]) Livius IV, 25: Gegen auffällige Tracht der Kandidaten.

[5]) Livius VII, 15: Diese lex ist ein wesentlicher Schritt zur Centralisierung des politischen Lebens auf die Hauptstadt.

[6]) Zumpts Annahme II, 2, 222, die l. Cornelia habe, ohne einen besonderen Gerichtshof niederzusetzen, bestimmt, „dass ein Bewerber, der sich Wahlumtriebe erlaubt, von den Leitern der Wahlversammlung auf zehn Jahre zurückgestellt

nicht auch für den Bestochenen: Die Annahme von Bestechungen seitens der Wähler, die passive Wahlbestechung, war also nicht strafbar.

Den Grund hierfür hat man darin finden wollen, dass es die Bürger, die Inhaber der Staatsgewalt allein waren, welche sich der passiven Wahlbestechung schuldig machen konnten, und dass bei ihnen eben, „weil sie Inhaber der Staatsgewalt waren, an eine Bestrafung nicht zu denken war".[7]) Aber nicht der einzelne bestochene Wähler, sondern das ganze Volk war der Souverän, sonst hätte überhaupt kein Delikt eines römischen Bürgers bestraft werden können. Der Grund liegt vielmehr in einer eigentümlichen Anschauungsweise der Römer: Bis zum Ende der Republik galt es für ein Recht des Wählers, mit seiner Stimme zu thun, was ihm beliebte, über sie wie über irgend einen Gegenstand seines Privateigentums frei zu verfügen. Auch die aktive Wahlbestechung wurde ja nicht als Verletzung des Volkswahlrechtes, sondern als Vergehen eines zukünftigen Beamten, also als eine Art von Amtsvergehen, demgemäss diesen ganz analog behandelt[8]).

Wahltechnisch, nicht strafrechtlich ist die Bestimmung der lex Maria vom Jahre 635, der zufolge die pontes oder Wahlsteige verengert werden sollten, damit die Beeinflussung der Wähler unmittelbar vor Abgabe der Stimme erschwert werde[9]). In dieser Zeit etwa, vielleicht durch diese lex Maria, wurde eine quaestio perpetua für Ambitusprozesse geschaffen[10]). Eine lex Calpurnia vom Jahre 687 verschärfte die Strafe: „et pecunia multavit et in perpetuum honoribus iussit carere damnatos" (Schol. Bob. zu Cic. pro Sulla c. 5)[11]). Für erfolgreiche Anklagen wegen ambitus wurden Prämien ausgesetzt (Dio

---

werden sollte", ist mit dem von den Bobienser Scholien gebrauchten „damnati" unvereinbar.

[7]) Berner, Lehrb. 5. Aufl. 1871 S. 573, ähnlich Marezoll, Das gem. deutsche Criminalrecht . . . 3. Aufl. 1856 S. 311.

[8]) Zumpt (II, 2, 225 ff. und sonst) behauptet, das cr. ambitus sei ursprünglich mit dem cr. repetundarum zusammen etwa so behandelt worden, dass die Annahme und Hingabe von Geld etc. weder bei Bewerbung um ein Amt, noch bei dessen Führung zulässig sein sollte; die hierfür von ihm herangezogene Stelle aus Cic. de leg. III, 4, 11 hat wohl aber mit dem alten Rechtszustande nichts zu thun, ist vielmehr ein von Cicero ausgedachter Entwurf.

[9]) Cic. de leg. III, 17, 38.

[10]) Rein a. a. O. S. 709.

[11]) Vgl. Dio Cassius XXXVI, 21.

Cass. XXXVI, 23, Cic. pro Balbo XXV, 57, pro Cluent. XXXVI, 98), doch ist aus den Quellen nicht festzustellen, ob dies durch die lex Calpurnia geschah. — Wiewohl nach Ciceros Meinung (pro Murena XXIII, 46) die lex Calpurnia „severissime scripta“ war, erging doch schon bald nach ihr ein abänderndes Senatuskonsultum (Ascon. zu Cic. pro Corn. c. 11) und kurz darauf ein Senatuskonsultum aus dem Konsulat des L. Caesar (Cic. pro Mur. XXXIV, 71), dessen Inhalt nicht bekannt, insbesondere nicht aus Cic. pro Mur. XXXIV, 71 zu entnehmen ist[12]). Aus dem Jahre 691 stammt ein weitgehender Plan des Servius Sulpicius, durch Vermischung der Stimmen mittels Aufhebung der alten Tribuseinteilung und durch Einführnng von iudices editicii (d. h. nach Cic. pro Plancio XVII, 41 von Richtern, die der Ankläger in Höhe von 125 vorschlug, von denen der Angeklagte alsdann 75 zu verwerfen berechtigt war,) dem ambitus entgegenzuarbeiten[13]). Noch in demselben Jahre folgte eine von Cicero stammende lex Tullia. Dieselbe hatte die Bestechung der Wähler durch Gastmähler, Gladiatorenspiele[14]) und Freiplätze bei solchen zum Gegenstande, sofern sie „vulgo“, d. h. den Wählern allgemein, nicht bloss bestimmten Wählern geboten waren (Cic. pro Mur. XXXII, 67)[15]). Ausserdem fügte sie den bisherigen Strafen des ambitus noch Exil auf zehn Jahre hinzu (Dio Cassius XXXVII, 29). Die sonstigen Bestimmungen der lex Tullia sind nicht gegen Wahlbestechung gerichtet, gehören also nicht hierher.

Man hat behauptet[16]), die lex Tullia habe zum ersten Male auch die Annahme der Bestechungen seitens der Wahlberechtigten mit

---

[12]) Unrichtig Rinkes a. a. O. p. 109, welcher annimmt, das S. C. habe gleichen Inhalt wie die lex Fabia gehabt „quod una idque in eodem argumento a Cicerone coniunguntur“. Cicero spricht aber pro Mur. XXXIV, 71 ganz allgemein über Beschränkungen der Wähler bei Wahlen; ausserdem würde er, wenn wirklich, wie die lex Fabia, so auch das S. C. sich auf die Zahl der sectatores bezogen hätte, den Relativsatz „quae est de numero sectatorum“ nicht zu der lex Fabia ausschliesslich gesetzt haben.

[13]) Cic. pro Mur. XXIII, 47.

[14]) Cic. in Vatin. XV, 37: „cum mea lex dilucide vetet biennio, quo quis petat petiturusve sit, gladiatores dare, nisi ex testamento praestituta die“.

[15]) Das Verbot war so ausgedrückt, dass die Gewährung von Freiplätzen und die Bestechung durch Gelage „contra legem Calpurniam factum videri“ (pro Mur. XXXII, 67), trotzdem aber war merkwürdigerweise deren Strafe in der lex Tullia erhöht.

[16]) Rein a. a. O. S. 712. Rinkes a. a. O. p. 114 f.

Strafe bedroht. Der beste Beweis hiergegen ist, dass in den uns erhaltenen Quellen zwar zahlreiche Prozesse gegen die Bestechenden, aber auch nicht ein Fall der Bestrafung eines Bestochenen zu finden ist; und doch hätte dieser Fall, wenn die passive Wahlbestechung wirklich straffällig gewesen wäre, unendlich oft vorkommen müssen[17].

Man sollte denken, diese Fülle von Gesetzen und die Schwere der angedrohten Strafen hätte zur Unterdrückung des ambitus genügen müssen. In Wahrheit aber wurden trotz derselben die Wahlumtriebe von Jahr zu Jahr umfassender. In kurzen Zwischenräumen folgt ein Ambitusgesetz auf das andere, und schon ihre Zahl beweist ihre Ohnmacht. Der ambitus ist in dieser Zeit das Schmerzenskind der römischen Strafgesetzgebung. Hier wie so oft zeigt sich, dass der Gesetzgeber nichts weniger als allmächtig ist; dass Gesetze vielmehr nur dann zu wirken fähig sind, wenn ihnen in den Zeitverhältnissen und in der Rechtsüberzeugung des Volkes eine starke Grundlage gegeben ist. Beides war bei den leges de ambitu nicht der Fall, und daran scheiterten sie. Die glänzenden pekuniären Aussichten, welche die Verwaltung der Provinzen bot, die Sicherheit, in ihnen vielfach wieder einzubringen, was die Bestechung an Geldopfern erfordert hatte, dazu die Armut des weitaus grössten Teiles der Wählerschaft und ihre Empfänglichkeit für Bestechungen — alle diese Umstände mussten in hohem Grade den Ambitusgesetzen entgegenarbeiten. Auf der anderen Seite fehlte dem crimen ambitus gegenüber die Schranke der öffentlichen Meinung. Man hielt den ambitus für unentbehrlich zur Erlangung von Ämtern, die Gewährung von Geld oder die Veranstaltung von Spielen[18] für das wirksamste Mittel, sich unter der grossen Zahl der Bewerber hervorzuthun. Dem wegen ambitus Verurteilten stand man demgemäss nicht sowohl mit Verachtung, als mit einem gewissen Mitleid gegenüber; er hatte gethan, wozu ihn die Zeitverhältnisse drängten, was fast alle zu thun pflegten, und dabei hatte er Unglück gehabt. — Die Annahme von Bestechungen wurde vollends als geradezu rechtmässige Einnahmequelle des niederen Volkes angesehen; bestand ja doch, wie man gesagt hat, dessen einziger Besitz in seinem Wahlrecht.

---

[17]) Vgl. Zumpt II, 2, 227.

[18]) Man vergleiche Cic. pro Mur. XXXIV, 72 und XXXVI, 77.

Zudem ging bei den Ambitusprozessen in den Zeiten der republikanischen Parteikämpfe oft genug Macht vor Recht. Statt über den Parteien zu stehen, war die Justiz die Dienerin der Politik. Mochte ein Angeklagter des ambitus zweifellos schuldig sein, seine Freisprechung war gleichwohl ziemlich gewiss, wenn sie aus politischen Gründen wünschenswert erschien, oder wenn einflussreiche Männer für ihn eintraten[19]. So wird berichtet, M. Porcius Cato Minor habe nach den Wahlen des Jahres 691 die Absicht gehabt, die designierten Konsuln D. Junius Silanus und L. Licinius Murena wegen ambitus zu belangen. Gegen Silanus habe er aber wegen verwandtschaftlicher Beziehungen die Anklage bald wieder aufgegeben. Den Murena verteidigte Cicero, und zwar mit Erfolg. Wie seltsam berührt es, wenn Cicero seinen Klienten gegen die Anklage, strafbare Wahlumtriebe ins Werk gesetzt zu haben, mit seiner politischen Unentbehrlichkeit verteidigt. Er dürfe nicht verurteilt werden, weil sonst

> „unus erit consul et is non in administrando bello sed in sufficiendo collega occupatus“ (pro Mur. XXXIX, 85).

Der lex Tullia folgte im Jahre 693 ein Gesetzesvorschlag des Aufidius Lurco, der, ohne Gesetzeskraft erlangt zu haben,[20] wichtig ist[21]. Cicero (ad Att. I, 16 § 7) sagt von ihm nämlich:

> „novi est in lege hoc, ut, qui nummos in tribus pronuntiarit, si non dederit, impune sit, sin dederit, ut, quoad vivat, singulis tribubus sestertium tria milia debeat“.

Hiernach soll nur das Geben, nicht auch das blosse Versprechen der Bestechung strafbar sein. Aus dem spöttischen Tone,[22] in dem Cicero über den Vorschlag spricht, geht hervor, dass stets das Versprechen der Bestechung ebenso strafbar gewesen war, wie die

---

[19]) Man vergleiche Plutarch (ed. Döhner) Pomp. c. 55.

[20]) Cic. ad Att. I, 18 § 4: „nulla lex perlata“.

[21]) Zwei unmittelbar vorangehende S. C. erwähnt Cic. ad Att. I, 16 § 7: „unum ut apud magistratus inquiri liceret, alterum, cuius domi divisores haberent, adversus rem publicam“. Divisores sind die gewerbsmässigen Verteiler des der Bestechung dienenden Geldes, also Gehilfen der Kandidaten.

[22]) Dass der Spott sich nicht auf die neue Strafe, sondern auf die neue Bedingung der Strafbarkeit bezog, ergiebt die auf Clodius bezügliche Bemerkung, er habe das Gesetz schon vorher gehalten: „pronuntiare enim solitum esse et non dare“ (a. a. O.).

thatsächliche Gewährung derselben. Hierbei ist es denn auch geblieben.[23])

Auch die Erlangung des erstrebten Amtes war übrigens kein Thatbestandsmerkmal des ambitus, vielmehr konnte auch der unglückliche Bewerber sich des ambitus schuldig machen. So berichtet Cicero (Brutus XXX, 113), der designierte Konsul des Jahres 646, M. Aemilius Scaurus, habe nach den Wahlen den durchgefallenen Mitkandidaten, P. Rutilius Rufus, wegen ambitus belangt.

Einen qualifizierten ambitus, die Bestechung der Wähler durch Klubs hatte die lex Licinia sodaliciorum[24]) vom Jahre 699 zum Gegenstande. Es ist bestritten,[25]) ob das crimen sodaliciorum in der That eine Spielart des crimen ambitus war. Die Richtigkeit dieser Auffassung aber ergeben folgende Stellen aus Ciceros Rede für den auf Grund der lex Licinia angeklagten Plancius:

1. „ego Plancium .. habuisse in petitione multos cupidos sui, gratiosos: quos tu si sodales vocas, officiosam amicitiam nomine inquinas criminoso“ (XIX, 46).

Cicero giebt also zu, dass sich viele um Plancius Wahl bemüht hätten; das seien aber Freunde, nicht „sodales“ gewesen. Die „sodales“ haben also in ihren Verbänden, den „sodalicia“, Wahlagitation betrieben.

---

[23]) Zumpts Behauptung (II, 2, 267): „Erst das kalpurnische Gesetz hat den Versuch der Bestechung, d. h. das Versprechen von Geld, für strafbar erklärt“, ist nur Vermutung und ohne Anhalt in den Quellen. Unerfindlich ist auch, warum Z. den Fall, dass die Bestechung nur versprochen worden ist, als Versuch derselben bezeichnet.

[24]) Hierüber am besten Mommsen, De colleg. et sod. Rom. 1843 p. 42 ff.

[25]) Zumpt II, 2, 368; was von ihm gegen die Beweiskraft der Stellen bei Dio XXXIX, 37 und bei Cic. pro Planc. XV, 37 gesagt ist, bedarf keiner Widerlegung. Seine weitere Behauptung, die Thatsache, dass in Rom jemand „wegen ein und derselben Bewerbung zuerst wegen ambitus, sodann wegen Genossenschaften“ belangt wurde, spreche dagegen, dass diese eine Abart von jenem seien, ist gleichfalls nicht stichhaltig. Warum sollte ein Kandidat, der erst einfachen, dann qualifizierten ambitus begangen hatte, nicht wegen beider Delikte verfolgt werden? Zumpt fasst das cr. sodal. als Abart des cr. vis auf und stützt sich hierfür auf Paulus Sent. V, 30 a, worin der „unter den Kaisern gebliebene Rest des licinischen Gesetzes über Genossenschaften“ enthalten sei. Aber das von Paulus behandelte Delikt ist ein ganz anderes als das cr. sodaliciorum, nämlich wahrer ambitus durch Einschüchterung der Wähler mittels gemieteter Banden, also Wahlbeeinflussung durch Gewalt. Was die sodalicia hiermit zu thun haben, hat Zumpt nicht nachgewiesen. Auch nach l. un. C. h. t. IX, 26 ist Deportation Strafe des ambitus.

erhoben zu werden. Danach sollten nämlich sämtliche designierten Beamten, sofern nicht besondere Anklage gegen sie erhoben werden würde, verpflichtet sein, vor einem Geschworenengericht über ihre Bewerbung Rechenschaft abzulegen.

Im Jahre 702 erging eine lex Pompeia[36]), die sich nach Asconius in Milon. 37 „poena graviore et forma iudiciorum breviore" auszeichnete. Da die Strafe schwerer als früher und nach Cic. ad Att. IX, 14, X, 4 Exil gewesen sein soll, dürfte sie in lebenslänglichem Exil bestanden haben. Der Prozess sollte in vier Tagen erledigt werden, die drei ersten sollten dem Zeugenverhör, der letzte den Plaidoyers und der Urteilsfällung vorbehalten sein[37]).

Das letzte auf uns gekommene Ambitusgesetz der Republik enthält c. 132 der lex Ursonensis[38]), und zwar ziemlich in seinem ursprünglichen Wortlaute[39]). Das Gesetz zerfällt in vier Teile. Der erste hat die Bestechung durch Gelage zum Gegenstande: Der Bewerber soll im Jahre seiner Kandidatur um dieser willen keine Gelage geben und keine Einladungen ergehen lassen, auch andere nicht veranlassen, seiner Wahl wegen Gastmähler zu geben. Nur neun Gäste soll er täglich zum Mahle zu laden berechtigt sein, auch diese aber „sine dolo malo", d. h. ohne dadurch seine Kandidatur fördern zu wollen.

Erst in zweiter Linie folgt die Bestechung durch Geschenke, wiederum mit Hervorhebung des zum Thatbestande gehörigen dolus.

Im dritten Teile verbietet die lex die Bestechung zu Gunsten der Wahl Dritter und scheidet dabei wieder nach dem Mittel der Bestechung die durch Gastmähler und die durch Geschenke vollzogene.

Der vierte Teil enthält die Strafdrohung. Wer irgend einer der verbotenen Bestechungen schuldig befunden wird, soll 5000 Sesterzen an die Stadtkasse zu zahlen haben.

---

[36]) Rein S. 717 f.

[37]) Ueber Zahl und Auswahl der Richter Asc. a. a. O. — Auch die Zahl der „συναγορεύοντες" wurde beschränkt Dio XL, 52, jede laudatio verboten Plut. Pomp. c. 55. — Pompejus durchbrach indes sein eigenes Gesetz wiederholt, weshalb er bei Tacitus, Ann. III, 28 „suarum legum auctor idem ac subversor" heisst. — Sein Ambitusgesetz hatte rückwirkende Kraft; streitig ist, wie weit dieselbe reichte.

[38]) Bruns, Fontes 1893 1. Theil p. 139. Den Hinweis auf c. 132 der l. Ursonensis verdanke ich mündlicher Mitteilung des Herrn Prof. Dr. Wlassak.

[39]) c. 132 bezieht sich nicht auf Wahlumtriebe im allgemeinen, sondern ausschliesslich auf Wahlbestechung.

Von einer Bestrafung der bestochenen Wähler ist in der lex nirgends die Rede. Man wird daraus den Rückschluss ableiten dürfen, dass bis zum Ende der Republik auch in den Ambitusgesetzen der Stadt Rom passive Wahlbestechung nicht unter Strafe gestellt worden ist. Dagegen wird in einem anderen Punkte, bei der Bestrafung von bestechenden Nichtkandidaten — wenn man so will, der Bestrafung von „Dritten" — anzunehmen sein, dass die lex Ursonensis über die römischen Gesetze hinausging. Soweit bekannt, haben diese die Wahlbestechung durch Nichtkandidaten nur dann gestraft, wenn sie sich als divisores, gewerbsmässige Geldverteiler zu Gunsten der Wahl eines bestimmten Kandidaten, darstellten[40]). Im Übrigen dürfte ein Fall der Bestrafung eines Nichtkandidaten wegen Wahlbestechung nicht überliefert sein[41]). Demgegenüber stellt die lex Ursonensis Wahlbestechung des Kandidaten und des Nichtkandidaten, und zwar gleichviel ob dieser mit oder ohne Wissen und Willen des Kandidaten für ihn Stimmen wirbt, völlig gleich. Auch die Anstiftung zur Wahlbestechung bestraft sie wie diese selbst[42]), wenn sie vom Kandidaten ausgeht.

In der Kaiserzeit blieb es, solange die Komitien das Beamtenwahlrecht behielten, im wesentlichen beim Alten. Eine lex Julia ambitus oder de ambitu von Augustus aus dem Jahre 736 führte nur an Stelle der allzu harten republikanischen Strafen des ambitus[43]) eine mässigere, nämlich fünfjährigen Ausschluss von Ämterbewerbungen ein (Dio Cassius LIV, 16) und bestimmte, dass die erfolgreiche Anklage

---

[40]) Auch die „sequestres", bei denen die Kandidaten das zur Bestechung bestimmte Geld bis nach den Wahlen deponierten, lassen sich als Gehilfen der Bestechenden auffassen. Sehr zweifelhaft ist dies hingegen bei den „interpretes".

[41]) Auch nicht von Plut. Mar. c. 5, da hier Cassius Sabaco gar nicht als Angeklagter, sondern als Zeuge im Ambitusprozesse gegen Marius auftritt. Seine spätere Ausstossung aus dem Senat erfolgte nicht auf Grund vorheriger Verurteilung, sondern im Verwaltungswege *„ἢ διὰ τὴν ψευδομαρτυρίαν ἢ διὰ τὴν ἀκρασίαν"* (Plut. a. a. O.)

[42]) „Neve facito sciens dolo malo quo quis suae petitionis causa convivium habeat ad cenamve quem vocet". „suae" dürfte auf den anstiftenden Kandidaten und dessen Wahl Bezug haben. — Die Schlussworte der lex bestimmen, dass die Duumviri oder der Präfekt zuständig und jeder Bürger anklageberechtigt sein solle.

[43]) Nach Dio Cassius LIV, 16 und Theoph. Paraphr. zu § 11 J. IV, 18 nur der Wahlbestechung, ebenso nach Zonaras Annal. 10, 34: *„ἔθετό τε καὶ ἄλλους νόμους καὶ τὸ τοὺς δεκάσαντάς τινας ἐπὶ ταῖς ἀρχαῖς ἐς πέντε ἔτη αὐτῶν εἴργεσθαι"*.

erhoben zu werden. Danach sollten nämlich sämtliche designierten Beamten, sofern nicht besondere Anklage gegen sie erhoben werden würde, verpflichtet sein, vor einem Geschworenengericht über ihre Bewerbung Rechenschaft abzulegen.

Im Jahre 702 erging eine lex Pompeia[36]), die sich nach Asconius in Milon. 37 „poena graviore et forma iudiciorum breviore" auszeichnete. Da die Strafe schwerer als früher und nach Cic. ad Att. IX, 14, X, 4 Exil gewesen sein soll, dürfte sie in lebenslänglichem Exil bestanden haben. Der Prozess sollte in vier Tagen erledigt werden, die drei ersten sollten dem Zeugenverhör, der letzte den Plaidoyers und der Urteilsfällung vorbehalten sein[37]).

Das letzte auf uns gekommene Ambitusgesetz der Republik enthält c. 132 der lex Ursonensis[38]), und zwar ziemlich in seinem ursprünglichen Wortlaute[39]). Das Gesetz zerfällt in vier Teile. Der erste hat die Bestechung durch Gelage zum Gegenstande: Der Bewerber soll im Jahre seiner Kandidatur um dieser willen keine Gelage geben und keine Einladungen ergehen lassen, auch andere nicht veranlassen, seiner Wahl wegen Gastmähler zu geben. Nur neun Gäste soll er täglich zum Mahle zu laden berechtigt sein, auch diese aber „sine dolo malo", d. h. ohne dadurch seine Kandidatur fördern zu wollen.

Erst in zweiter Linie folgt die Bestechung durch Geschenke, wiederum mit Hervorhebung des zum Thatbestande gehörigen dolus.

Im dritten Teile verbietet die lex die Bestechung zu Gunsten der Wahl Dritter und scheidet dabei wieder nach dem Mittel der Bestechung die durch Gastmähler und die durch Geschenke vollzogene.

Der vierte Teil enthält die Strafdrohung. Wer irgend einer der verbotenen Bestechungen schuldig befunden wird, soll 5000 Sesterzen an die Stadtkasse zu zahlen haben.

---

[36]) Rein S. 717 f.

[37]) Ueber Zahl und Auswahl der Richter Asc. a. a. O. — Auch die Zahl der „συναγορεύοντες" wurde beschränkt Dio XL, 52, jede laudatio verboten Plut. Pomp. c. 55. — Pompejus durchbrach indes sein eigenes Gesetz wiederholt, weshalb er bei Tacitus, Ann. III, 28 „suarum legum auctor idem ac subversor" heisst. — Sein Ambitusgesetz hatte rückwirkende Kraft; streitig ist, wie weit dieselbe reichte.

[38]) Bruns, Fontes 1893 1. Theil p. 139. Den Hinweis auf c. 132 der l. Ursonensis verdanke ich mündlicher Mitteilung des Herrn Prof. Dr. Wlassak.

[39]) c. 132 bezieht sich nicht auf Wahlumtriebe im allgemeinen, sondern ausschliesslich auf Wahlbestechung.

Von einer Bestrafung der bestochenen Wähler ist in der lex nirgends die Rede. Man wird daraus den Rückschluss ableiten dürfen, dass bis zum Ende der Republik auch in den Ambitusgesetzen der Stadt Rom passive Wahlbestechung nicht unter Strafe gestellt worden ist. Dagegen wird in einem anderen Punkte, bei der Bestrafung von bestechenden Nichtkandidaten — wenn man so will, der Bestrafung von „Dritten" — anzunehmen sein, dass die lex Ursonensis über die römischen Gesetze hinausging. Soweit bekannt, haben diese die Wahlbestechung durch Nichtkandidaten nur dann gestraft, wenn sie sich als divisores, gewerbsmässige Geldverteiler zu Gunsten der Wahl eines bestimmten Kandidaten, darstellten[40]. Im Übrigen dürfte ein Fall der Bestrafung eines Nichtkandidaten wegen Wahlbestechung nicht überliefert sein[41]. Demgegenüber stellt die lex Ursonensis Wahlbestechung des Kandidaten und des Nichtkandidaten, und zwar gleichviel ob dieser mit oder ohne Wissen und Willen des Kandidaten für ihn Stimmen wirbt, völlig gleich. Auch die Anstiftung zur Wahlbestechung bestraft sie wie diese selbst[42], wenn sie vom Kandidaten ausgeht.

In der Kaiserzeit blieb es, solange die Komitien das Beamtenwahlrecht behielten, im wesentlichen beim Alten. Eine lex Julia ambitus oder de ambitu von Augustus aus dem Jahre 736 führte nur an Stelle der allzu harten republikanischen Strafen des ambitus[43] eine mässigere, nämlich fünfjährigen Ausschluss von Ämterbewerbungen ein (Dio Cassius LIV, 16) und bestimmte, dass die erfolgreiche Anklage

[40] Auch die „sequestres", bei denen die Kandidaten das zur Bestechung bestimmte Geld bis nach den Wahlen deponierten, lassen sich als Gehilfen der Bestechenden auffassen. Sehr zweifelhaft ist dies hingegen bei den „interpretes".

[41] Auch nicht von Plut. Mar. c. 5, da hier Cassius Sabaco gar nicht als Angeklagter, sondern als Zeuge im Ambitusprozesse gegen Marius auftritt. Seine spätere Ausstossung aus dem Senat erfolgte nicht auf Grund vorheriger Verurteilung, sondern im Verwaltungswege *„ἢ διὰ τὴν ψευδομαρτυρίαν ἢ διὰ τὴν ἀκρασίαν"* (Plut. a. a. O.)

[42] „Neve facito sciens dolo malo quo quis suae petitionis causa convivium habeat ad cenamve quem vocet". „suae" dürfte auf den anstiftenden Kandidaten und dessen Wahl Bezug haben. — Die Schlussworte der lex bestimmen, dass die Duumviri oder der Präfekt zuständig und jeder Bürger anklageberechtigt sein solle.

[43] Nach Dio Cassius LIV, 16 und Theoph. Paraphr. zu § 11 J. IV, 18 nur der Wahlbestechung, ebenso nach Zonaras Annal. 10, 34: *„ἔθετό τε καὶ ἄλλους νόμους καὶ τὸ τοὺς δεκάσαντάς τινας ἐπὶ ταῖς ἀρχαῖς ἐς πέντε ἔτη αὐτῶν εἴργεσθαι".*

wegen ambitus die Restitution des aus demselben Grunde verurteilten Anklägers zur Folge haben sollte, (l. un. § 2 D. h. t. XLVIII, 14). Ausserdem sollte nicht nur der Ankläger, sondern auch der Angeklagte „inquirendi testibusque denuntiandi potestas“ (Plinius Epist. VI, 5), d. h. das Recht, Zeugen und andere Beweismittel aufzusuchen[44]), und das Recht der zwangsweisen Zeugenladung haben.

Im Jahre 746 erfuhr diese lex Julia eine Ergänzung dahin, dass die Kandidaten, um zur Wahl zugelassen zu werden, vor derselben eine Geldsumme deponieren sollten, die sie verloren, falls sich herausstellte, dass sie sich des ambitus schuldig gemacht hatten (Dio Cassius LV, 5). Augustus griff hiermit auf eine Massregel zurück, welche, wie Cicero (ad Qu. fratr. II, 15b) berichtet, die Kandidaten des Jahres 700 d. St. freiwillig der Wahl zu Grunde gelegt hatten[45]).

Schon unter Tiberius trat eine Änderung von Grund aus ein. Seit dieser Kaiser nämlich das Recht der Beamtenwahl „e campo . . . ad patres“ übertragen hatte (Tac. Ann. I, 15), gab es in Rom Volkswahlen[46]), bei denen Wahlbestechungen hätten vorkommen können, nicht mehr. Freilich Bestechungen zur Erlangung von Ämtern gab es nach wie vor, aber sie haben seit Tiberius nicht das Volk, sondern die Senatoren[47]) und kaiserlichen Günstlinge[48]) zum Zielpunkte. Die zahlreichen, der Bekämpfung dieser neuen Bestechungsarten gewidmeten Gesetze liegen insofern ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit.

Nur in den Munizipien blieb auch nach Tiberius den Komitien das Beamtenwahlrecht, — wie lange, ist allerdings eine offene Frage[49]). Jedenfalls wurde durch ein in l. un. § 1 D. h. t. erwähntes Senatuskonsultum die lex Julia ambitus auf die Munizipalwahlen ausgedehnt,

---

[44]) Rein S. 721.

[45]) Bestätigt von Plut. Cato Min. XLIV, 4.

[46]) Die den Komitien verbleibenden Wahlen des princeps kommen hier nicht in Betracht.

[47]) Plin. Epist. VI, 19.

[48]) Die Kaiser selbst nahmen Bestechungen. Sueton Vespasian 23 berichtet, wie Kaiser Vespasian einen seiner Höflinge um die Bestechungssumme betrog.

[49]) Mommsen, Röm. Staatsrecht 1887 Bd. III 1. Abt. S. 349 nimmt wohl eine zu kurze Frist an. Dafür spricht — trotz Mommsens Erklärung —, dass noch die lex Malacitana für Volkswahlen bestimmte Anordnungen traf. Dies wäre nicht geschehen, wenn thatsächlich keine Volkswahlen mehr vorgekommen wären. — Auch dies entstammt einer mündlichen Bemerkung des Herrn Prof. Dr. Wlassak.

wobei nur an Stelle der ursprünglichen Strafe Geldstrafe[50]) und Infamie angedroht wurde. Von einer weiteren Entwickelung der gesetzlichen Bestimmungen über Wahlbestechungen in den Gemeinden ist nichts bekannt[51]).

Da gleichzeitig in Rom eigentliche Wahlbestechungen nicht mehr vorkommen, müsste der römischrechtliche Teil der Geschichte der Wahlbestechung hier seinen Abschluss finden. Die Entwickelung des Delikts im Mittelalter und in der Neuzeit zwingt aber dazu, auch die an sich nicht hierher gehörige Bestechung kaiserlicher Günstlinge behufs Erlangung von Ämtern nicht zu übergehen: Die gesetzgeberische Behandlung, welche sie im Kodex und in den Novellen gefunden hat, ist die Grundlage der gemeinrechtlichen Lehre vom ambitus und dadurch das Vorbild der deutschen Partikulargesetzgebungen über Amtserschleichung und Wahlbestechung geworden.

Der alten und der neuen Bestechung gemeinsam ist der Zweck, die Erlangung von Ämtern. Innerhalb der neuen Bestechung wird in Kodex und Novellen danach unterschieden, ob die Ämter weltliche sind oder geistliche. Auf ein weltliches Amt bezieht sich die von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 439 n. C. stammende l. 6 C. ad leg. Jul. repetundarum IX, 27: Wer ein Amt erlangt hat, der soll in feierlicher Versammlung den Eid leisten, dass er dasselbe ohne Bestechung irgend welcher Art erlangt habe und weder während, noch nach Bekleidung desselben „pro aliquo praestito beneficio“ eine Bestechung annehmen werde. Will man die Bestechung bei Ämterbewerbungen auch unter den veränderten politischen Verhältnissen ambitus nennen, so kann man sagen: Der ernannte Beamte hat vor Einführung in sein Amt einen Eid zu leisten, der in seinem ersten Teile Ambituseid, in seinem zweiten Repetundeneid ist. Der neue ambitus ist somit in noch höherem Masse zum Amtsdelikte geworden, als es der alte gewesen war. Ist der Eid ein Meineid, so sollen beide, der Bestecher wie der Bestochene, das vierfache der Bestechungssumme zu zahlen haben.

---

[50]) 100 Sesterzien nach Modestin, 100 aurei nach Justinians Interpolation in l. un. § 1 D. h. t. (Lenel, Paling. vol. I p. 730 N. 1).

[51]) l. un. §§ 3 und 4 D. h. t. hat mit Wahlbestechungen nichts zu thun, ebensowenig c. 58 der lex Malacitana: „ne quid fiat quominus comitia habeantur“.

Ähnlichen Inhalts ist Justinians Nov. 8, gleichfalls auf weltliche Ämter, nämlich die der Provinzialverwaltung bezüglich. Ihr ausgesprochener Zweck ist, die Bedrückung und Ausbeutung der Provinzialen durch die Beamten „uno et generali actu ad meliora transferre". Dies sei aber, meint Justinian, unerreichbar, „nisi gratuitum magistratum accipiant;"[52]) sollen die Repetunden ein Ende haben, so müssen vorher die Bestechungen zur Erlangung von Ämtern in Wegfall kommen. Auch hier besteht also der innige Zusammenhang zwischen ambitus im neuen Sinne und Repetunden. Auch Nov. 8 legt dem neu ernannten Beamten den Eid auf, dass er

> „nemini plane neque pro suffragio neque patrocinio (se) quidquam dedisse nec promisisse"[53]) (cap. 7).

Stellt sich heraus, dass Bestechungen stattgefunden haben, so sollen beide Teile, der dans und der accipiens, schwere Strafen, nämlich „bonorum publicationem, exsilium, poenas corporales et supplicia" erfahren (cap. 8 § 1)[54]). Auf das Episkopat, also ein geistliches Amt, bezieht sich l. 31 C. de episc. I, 3,[55]) die in wesentlicher Übereinstimmung mit den beiden auf weltliche Ämter bezüglichen Stellen bestimmt: Wer durch Bestechung die Bischofsweihe erlangt oder dieselbe gegen Geldeslohn erteilt, der soll sein Amt verlieren und auf Lebenszeit infam sein,

> „ut eos, quos par facinus coinquinat et aequat, utrosque similis poena comitetur" (i. f.).

Das Neue in diesen Stellen, abgesehen von den veränderten Strafen, ist, dass nicht bloss der Bestecher, sondern auch der Bestochene bestraft wird. Die Erklärung für diese Neuerung liegt auf der Hand: Die Bestochenen sind nicht mehr, wie in den Zeiten der Republik, freie, unabhängige römische Bürger, sondern kaiserliche Höflinge und Beamte[56]). Dass dies in der That der entscheidende Gesichtspunkt war, zeigt l. un. § 1 D. XLVIII, 14:

---

[52]) Aehnlich Seneca: „provincias spoliari non mirum, quando quae emeris vendere ius gentium est". S. auch Nov. 161.

[53]) Dies ist noch wohl verklausuliert durch den Zusatz: „nec pactum esse, ut ex provincia vel gloriosissimis praefectis vel aliis qui magistratus gerunt vel iis qui circa eos sunt vel alii cuidam pro patrocinio mitteret".

[54]) Das neue Strafensystem ist wenig übersichtlich.

[55]) Vgl. auch Nov. 123 de divers. eccles. capit.

[56]) l. 6 C. ad leg. Jul. repetundarum IX, 27, Nov. 8 cap. 7 und cap. 8 § 1.

„quodsi in municipio contra hanc legem (sc. Juliam ambitus) magistratum aut sacerdotium quis petierit, per senatus consultum centum aureis cum infamia punitur".

In den Municipien wird also noch zu Modestins Zeit, also im 3. Jahrhundert n. Chr., nur der Bestechende, nicht auch der Bestochene bestraft, offenbar weil er nicht verantwortlicher kaiserlicher Beamter ist. Wie der accipiens selbst, soll nach Nov. 8 cap. 7 der bestraft werden, welcher „cohorti suae", seinen Unterbeamten, die Annahme von Bestechungen auch nur erlaubt oder nicht für deren Rückgabe gesorgt hat. Ebenso stellt Nov. 123 cap. 2 § 1 und cap. 16 dem accipiens und dem dans denjenigen gleich, „qui mediator fuit".

Für den Thatbestand des ambitus im neuen Sinne ist nach der Eidesformel in l. 6 C. IX, 27 unerheblich, ob die Bestechung gegeben oder nur versprochen, und ob die Hingabe durch den Bewerber selbst oder —

„per interpositam in fraudem legis sacramentique personam" erfolgt ist. Den Versuch des ambitus straft c. 1 C. Th. IX, 26 wie den vollendeten ambitus.

§ 2.
Kanonisches Recht.[1])

Das kanonische Recht der Wahlbestechung bietet für diese Abhandlung wenig. Zwar waren ihm kirchliche Volkswahlen nicht unbekannt, und auch Wahlbestechungen im eigentlichen Sinne werden dabei nicht ausgeblieben sein; aber ein selbständiges Delikt der Wahlbestechung ist nicht aufgestellt worden. Dasselbe ist vielmehr, wie im römischen Kaiserrecht, in der Bestechung bei der Besetzung von Ämtern inbegriffen, ohne dass bei der durch Wahlen erfolgenden Ämtervergebung eine besondere gesetzgeberische Behandlung für angebracht gehalten worden wäre[2]). Aber auch die Bestechung

---

[1]) München, Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht 1866 2. Bd.; Richter, Lehrbuch des kath. und evang. Kirchenrechts 1886, vor allem aber Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten 1869 ff. Bd. V, Abt. 1 und 2.

[2]) Obwohl das kanonische Recht aus diesem Grunde nicht hierher gehört, musste es doch, wie die römische Kodex- und Novellengesetzgebung, herangezogen werden, weil das gemeine Recht darauf beruht. Dieses war dann, wie erwähnt, wieder seinerseits Grundlage des Partikularrechts vieler deutscher Staaten; es konnte deshalb, um dies schon hier zu erwähnen, gleichfalls nicht übergangen werden.

behufs Erlangung eines Amtes wird nur als Teildelikt, nämlich als Erscheinungsform des sehr viel weiteren Deliktsbegriffes der Simonie, d. h. als Austausch eines temporale gegen ein spirituale, aufgefasst. Temporale ist die Bestechungssumme, spirituale das erstrebte Kirchenamt. Ist somit der Gesichtspunkt, unter dem das kanonische Recht die Wahlbestechung seinem Deliktssysteme einordnet, ein überaus fernliegender, würde die eingehende Darstellung der Wahlbestechung nach ihrer gesetzgeberischen Behandlung im kanonischen Rechte mit einer Darstellung der Simoniegesetze zusammenfallen, so ist ein tieferes Eingehen gerade hier um so weniger am Platze, als im vorliegenden Punkte das kanonische Recht nur sehr geringen Einfluss auf die weitere Entwickelung des Delikts ausgeübt hat. Nur folgende Punkte sind von Bedeutung:

1. Der Simonie machen sich beide Parteien, der Bestechende wie der Bestochene[3]), als Kontrahenten des simonistischen Tauschvertrages schuldig.

2. Der aktiven Bestechung kann sich schuldig machen

a) der Kandidat, und zwar gleichviel, ob er sie selbst vorgenommen oder nur von ihrer Vornahme durch einen anderen gewusst hat. Fand sie ohne sein Wissen statt, so soll die Besetzung ungiltig sein[4]). Die Glosse bemerkt hierüber zu c. 26 X h. t. s. v. resignasti:

„. . . et sic punitur sine culpa . . . Sed hoc est speciale in casu in odium simoniacorum, qui si non punirentur nimis frequentaretur illud crimen".

Die einmal erfolgte Amtsverleihung ist hingegen giltig, wenn die Bestechung durch einen anderen gegen den ausdrücklichen Willen des Kandidaten[5]) oder, um ihm zu schaden[6]), unternommen worden ist.

Dass in diesen Bestimmungen eine gewisse Folgewidrigkeit liegt, ist unverkennbar. Das kanonische Recht geht von dem Grundsatze aus:

„sola voluntas punitur";

---

[3]) c. 6 C. 1 qu. 1, c. 8 X h. t. V, 3 u. s. f.

[4]) c. 26 X l. c.

[5]) „eo prohibente" c. 33 X l. c.

[6]) „per fraudem in dispendium ipsius" c. 27 X l. c.

demgemäss straft es in gleicher Weise den, der selbst besticht, und den, welcher andere für sich bestechen lässt. Es geht aber noch weiter und erklärt, auch wenn der Kandidat von der Simonie nichts wusste, — nicht als Strafe für den Kandidaten, sondern als objektive Folge der einmal vorgekommenen simonistischen Umtriebe — die erfolgte Besetzung für ungiltig. Logischerweise müsste es nun aber auch dann diese Folge eintreten lassen, wenn die Bestechung dem ausgesprochenen Willen und Verbot des Kandidaten zuwiderlief. Die Erklärung, dass es etwas ganz verschiedenes sei, ob der Kandidat von den bei seiner Wahl vorgekommenen Beeinflussungen nichts gewusst oder sie geradezu verboten habe, kann den Widerspruch nicht beseitigen[7]. — Der Bestechung macht sich ferner schuldig

b) ein Nichtkandidat als mediator. Seine Strafe soll nach c. 8 a. E. C. 1 qu. 1 eine verschiedene sein, je nachdem er Kleriker oder Laie ist:

> „si quidem clericus fuerit, proprio gradu decidat, si vero laicus, anathematizetur“[8].

Auch die Strafen des bestechenden Kandidaten und des Bestochenen sind, wenn Zweck der Bestechung die Erlangung eines Kirchenamtes ist, ein für alle Mal festgesetzt, während sie in den übrigen Fällen der Simonie[9]) dem Gutdünken des Richters überlassen sind. Allerdings sind die Strafbestimmungen so zerstreut und zum Teil auch so unklar und einander widersprechend, dass schwer zu sagen ist, welche Strafen eigentlich angedroht waren. Sämtliche Strafen treten jedenfalls ipso facto

---

[7]) c. 33 cit. „longe diversum est non praebere consensum et expresse aliquid prohibere . . . alioquin contingeret, quod alicuius factum insidias inimico parantis ei damnosum existeret, cui penitus displiceret, et sic aliquis de fraude sua commodum reportaret“.. Dies erklärt aber nur den Fall, dass „insidiae“ die Veranlassung der simonistischen Gabe waren. Warum aber tritt auch sonst Giltigkeit der Verleihung ein? Auch Hinschius, Kirchenrecht V, 2 S. 709—710 Anm. 6 spricht nur von ersterem Falle.

[8]) Nach c. 2 in Extr. comm. V, 1 auch Exkommunikation für den clericus mediator.

[9]) Ausser bei simonistischer Ordination und simonistischem Eintritt in ein Kloster; vgl. Richter a. a. O. S. 799.

ein, und zwar für Bestecher wie Bestochene nach c. 12 C. 1 qu. 1 die Exkommunikation:

„anathema danti anathema accipienti“[10]).

Die simonistische Besetzung ist ungiltig[11]); kein Teil kann daher aus ihr irgend welche Rechte herleiten

„ratione primae receptionis nihil audeas in ipsa ecclesia vendicare“ (c. 26 X h. t.)[12]).

Der Gewählte verliert deshalb das simonistisch erlangte Amt, ausserdem aber auch sein sacerdotium[13]),

„cuius nomine quilibet ordo ecclesiasticus intelligitur“,

wie die Glosse zu c. 9 C. 1 qu. 1 sagt. Hat er das Amt schon angetreten, so hat er die bezogenen Früchte zu restituieren[14]); verliert er es durch Dejektion, so kann er es auf Grund der simonistischen Verleihung nicht vindizieren. Der bestochene Kleriker andererseits wird deponiert[15]), der Laie hat die Bestechungssumme herauszugeben[16]).

3. Der Denunziant wird wie im römischen Recht belohnt:

„pro revelatione huiusmodi, etiamsi complices fuerint, non solum veniam a nobis, sed etiam gratiam consecuturi, si eorum judicio participes tanti criminis valeant coerceri“ (c. 2 a. E. in Extr. comm. h. t. V, 1).

4. Während das römische Recht eine grundsätzliche Abgrenzung der nicht strafbaren Mittel der Wahlbeeinflussung von den strafbaren nicht durchgeführt hat, findet sich im kanonischen Recht eine scharfe und eingehende Scheidung. In c. 114 C.

---

[10]) Bestätigt von c. 1 und 2 in Extr. comm. V, 1.

[11]) c. 2 in Extr. comm. l. c.

[12]) Bestätigt von c. 2 in Extr. comm. l. c.

[13]) c. 3 C. 1 qu. 1.

[14]) „nec inde faciat aliquis fructus suos, sed ad illorum omnium quae percepit restitutionem sub animae suae periculo sit adstrictus“ c. 2 in Extr. comm. h. t.

[15]) c. 11 X h. t.

[16]) c. 11 cit.: „regem autem et principes eius debes inducere, ut, si qua receperint a praefato episcopo, ut eius electioni praestarent assensum, ecclesiae O. sine diminutione restituant“.

1 qu. 1 stellt nämlich Gregor I. drei Klassen von unerlaubten „munera“ auf,

> „quippe aliud est munus ab obsequio, aliud munus a manu, aliud munus a lingua“, „munus quippe ab obsequio est subiectio indebite impensa, munus a manu pecunia[17]) est, munus a lingua favor“.

Geld und Geldeswert, Begünstigung und Unterordnung unter den Willen des zu Bestechenden sind hiernach unzulässige Bestechungsmittel[18]). Gleichgiltig ist, wie im römischen Recht, ob sie gegeben oder nur versprochen worden sind (c. 11, 27 X V, 3 und Gl. zu c. 12 h. t. s. v. cum essent). Auch ob die Bestechungsmittel vor oder nach der Wahl geboten worden sind, ist unerheblich (c. 21 § 2 C. 1 qu. 1). Was hingegen

> „pure et sponte et plena liberalitate omnique pactione cessante“

geleistet worden, wird als simonistisches temporale nicht angesehen.

Da das simonistische Geschäft in dem Austausch eines Spirituale gegen ein Temporale besteht, so ist Voraussetzung des Delikts, dass die Parteien einen dahin gehenden Vertrag abgeschlossen haben. Hierbei muss jedem Teile die Absicht des anderen, das Spirituale oder Temporale zu erlangen, bekannt geworden sein. Ihre Vertragsleistungen müssen als Leistung und Gegenleistung gemeint sein. Es genügt aber auch,[19]) wenn ein besonderer Vertrag zwar nicht geschlossen ist, der eine aber geleistet hat, in der Absicht, den anderen dadurch zur Gegenleistung zu veranlassen, und der andere thatsächlich durch die Leistung des ersten zu der seinigen veranlasst worden ist, also zwar nicht kraft ausdrücklicher Abrede, aber doch thatsächlich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt[20]).

---

[17]) Im weitesten Sinne gefasst c. 6 C. 1 qu. 3: „totum quidquid homines habent in terra, omnia quorum domini sunt, pecunia vocatur“.

[18]) „quid enim refert, si non das pecuniam sed pecuniae loco adularis, subordinas, multa machinaris: pecunia tua tecum sit in perditionem, ad illum (sc. Simonem) dictum est. Et his dicitur: ambitio tua tecum sit in perditionem, quoniam putasti ambitu humano possideri donum Dei“ (Chrysostomus bei Thomass. p. III l. I c. 49).

[19]) c. 18 X h. t.

[20]) Hinschius a. a. O. S. 706.

§ 3.

Gemeines Recht.[1])

Im alten deutschen Reiche hat es Jahrhunderte lang an der Veranlassung, dem Delikt der Wahlbestechung entgegenzutreten, gefehlt. Selbst da wo Volkswahlen von grossem Umfange stattfanden, waren die Lebensverhältnisse zu einfache, als dass Bestechungen in nennenswertem Masse hätten vorkommen können. Die alten deutschrechtlichen Quellen kennen das Delikt der Wahlbestechung demgemäss nicht. Aber auch als in späteren Jahrhunderten unter veränderten Zeitverhältnissen die Bestechungen zur Erlangung von Ämtern nicht nur vorkamen, sondern solchen Grad erreichten, dass die Klage laut werden konnte[2]), kein Amt sei

> „tam vile atque abiectum, quod non, si lucri modo spem prae se ferat, pretio aut pactione aliqua redimatur,"

auch da hat die Reichsgesetzgebung zur Bekämpfung des Unwesens nichts gethan. Hingegen sind hie und da im Auslande und in deutschen Einzelstaaten neue Ambitusgesetze erlassen worden. So erwähnt Tib. Decianus[3]) venetianische Gesetze, „adversus ambitum scriptae", in denen auch preces bei Amtsbewerbungen für strafbar erklärt worden seien. Die Strafe bestand, so berichtet er, in der Unfähigkeit zur Bekleidung irgend welcher Ämter, im Ausschluss vom Rate und im Verlust des Stimmrechts in den Komitien. Petrus Gregorius[4]) spricht von französischen Konstitutionen Karls V. von 1358, Karls VIII. von 1468[5]) und Ludwigs XII., durch welche der Verkauf von

> „officia qualiacunque essent ad exercitium justitiae pertinentia"

verboten worden sei. Voet[6]) berichtet, nach der Ordonnanz „opt stuck

---

[1]) Darstellungen des gesamten gemeinen Rechts giebt es nicht.

[2]) Winkler (praeside J. W. Textore), Diss. inaug. de crim. amb. 1690 p. 39. Über Gallien fügt er hinzu: „nullum munus publicum, qualecumque illud sit, praeter regni annulum et Cancellariatum, quod stupendo pretio non veneat".

[3]) Tractatus criminalis 1591 l. VIII c. 22 n. 35. Die betreffenden leges können nicht lange vor Decians Zeit gegeben sein, da er von ihnen sagt: Auf Grund derselben „plures vidi et audivi damnatos".

[4]) Syntagma juris 1599 l. 36 c. 29.

[5]) Beide Daten müssen ungenau sein, da Karl V. erst von 1364 und Karl VIII. erst von 1483 ab regiert hat.

[6]) Comm. ad Pand. 1769 ad t. D. 48, 14.

van criminele justitie“ vom 5. Juli 1570 und mehreren ihr folgenden holländischen Gesetzen sei von allen Civil- und Militärbeamten vor Antritt des Amtes ein feierlicher Ambituseid zu leisten gewesen; Ant. Perez[7]) nennt ein spanisches Edikt von 1627, welches bestimmt habe:

> „ut quisque ante officii provisionem juret nemini se quidpiam dedisse ant promisisse, quo ad illud perveniret“ [8]),

und nach Lauterbach[9]) wurde der Ambituseid „in multis bene constitutis judiciis“ gefordert.

Gemeinrechtlich wurden die einschlägigen Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechts übernommen; eine Fortbildung derselben fand ausschliesslich durch die Wissenschaft und die Praxis der Gerichte statt. — Die Bestechung zur Erlangung eines Amtes wird allgemein als ambitus aufgefasst, dessen Thatbestand man im Anschluss an die römischrechtlichen Quellen bestimmt. Dabei wird besonders hervorgehoben, dass die Bestechung „clam“ erfolgt sein müsse[10]). Damhouder erklärt dies „clam“ als „nescio principe“; sei die Bestechung hingegen „per ipsum principem“ angenommen worden, dann trete Straflosigkeit in foro temporali nach l. un. D. h. t. ein. Diese wird also irrig so aufgefasst, als statuiere sie in den Worten des pr.:

> „haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet“

die Straflosigkeit der Bestechung des princeps. Dieses Privilegium straffreier Bestechung dehnen Damhouder a. a. O., Matthaeus a. a. O. und Stryk, Us. mod. Pand. 1723 ad h. t. D. 48, 14 ohne Weiteres auf die Bestechung der „circa latus principis“, der fürstlichen Günstlinge, aus, während z. B. Decian und Harpprecht[11])

---

[7]) Praelect. in XII libr. Cod. 1671.

[8]) C. F. G. Meister, Princip. jur. crim. 1755 erwähnt Konstitutionen für Hannover, die den Ambituseid allen „candidati officii sacri“ als Simonieeid auferlegten. Vgl. auch noch A.L.R. II, 20 §§ 331 f., II, 10 § 72, II, 11 § 337.

[9]) Colleg. Pand. ad t. D. 48, 14 ed. VI 1784.

[10]) So die Glosse zu t. D. 48, 14 s. v. „contra hanc legem“, so Jacobus de Bello Visu, Pract. crim. lib. I. c. X n. 48, Tib. Decianus a. a. O. c. 26 n. 6, Damhouder, Op. omn. 1646 tom. I. „Prax. rer. crim.“ c. 133 n. 8, Matthaeus, De crim. lib. XLVIII tit. 11 und andere.

[11]) Tractat. Crim. 1603 p. 482 ff.

es diesen absprechen, und zwar Decian wegen Nov. 8, Harpprecht unter Berufung auf Bartolus, Salicetus und Bossius wegen l. un. D. h. t., in welcher nur der princeps selbst, nicht auch seine consiliarii von der l. Julia eximiert seien.

Der Ambituseid wird in seiner praktischen Giltigkeit wiederholt anerkannt, hingegen klagt Matthaeus, dass die Ambitusgesetze im übrigen bedauerlicherweise von den Gerichten wenig angewendet würden.

Die römischen Strafen insbesondere wurden nicht rezipiert, vielmehr wurde die Wahl der Strafart und des Strafmasses dem Gutdünken der Gerichte überlassen (Lauterbach a. a. O., Brunnemann, Comm. in Cod. 1663 IX, 26, Koch, Instit. jur. crim. 1770 c. 57 § 640). Die übliche Strafe aber war Verlust des durch ambitus erlangten Amtes für den Bestechenden, Verlust des Wahlrechts für den Bestochenen (Koch a. a. O. § 642, Meister, Princ. jur. crim. p. 71 ff. § 6), ausserdem, wenigstens nach Böhmer, Auserles. Rechtsfälle 1800 II, 1 p. 24, Einziehung der Bestechungssumme, gestützt auf l. 9. i. f. D. de jure fisci 49, 14.

Fehlt es schon in der gemeinrechtlichen Litteratur bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts an Einigkeit, so wird das Gesamtbild der Lehre vom ambitus, wie es sich aus den Lehrbüchern der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts in ihrer erstaunlichen Fülle ergiebt, noch ungleich wirrer, widerspruchsvoller und ergebnisloser. Die Gesetzgebung schwieg, der Wissenschaft war somit freie Hand gelassen. Schon über den Namen konnte man sich nicht einigen. Manche hielten sich an die Quellen und nannten nur die aktive Bestechung ambitus, so Martin, Lehrb. 1829 § 220 (223) und Luden, Abhandlungen 1836 I, 219 ff., andere unterschieden von diesem einen weiteren Begriff des ambitus, welcher die passive Bestechung, die „strafbare Amtserteilung" einschliesst, so Abegg, Lehrbuch §§ 484 ff.; wieder andere kennen nur diesen quellenwidrigen Ambitusbegriff, so Feuerbach, Lehrb. 1828 § 181, Wächter, Lehrb. 1826 §§ 225 ff. und Bauer, Lehrb. 1833 § 353 (329)[12]) und übersetzen ihn mit „Amtserschleichung", worin das vom älteren gemeinen Recht aufgestellte Thatbestandsmerkmal der Heimlichkeit mit zum Ausdruck

[12]) „Das Verbr. der Amtserschleichung (crimen ambitus) i. w. S. besteht in gesetzwidrigem Verfahren in Hinsicht auf die Besetzung eines öffentlichen Amts."

kommt. „Amtserschleichung" umfasst nunmehr also auch die strafbare Amtserteilung, ja bei Martin nur diese.

Auch die Stellung, welche die Delikte im System einnehmen sollen, ist streitig, schon darum, weil hier das Delikt des Bewerbers, dort das des Erteilenden als das principale angesehen wird. So rechnen manche beide Delikte zu den Beamtenvergehen, wie Rosshirt, Lehrbuch 1821 § 246, Martin, Wächter, Abegg a. a. O.; andere, z. B. Heffter, Lehrbuch 1857 § 529 zählen sie zu den Verbrechen gegen die Hoheitsrechte des Staates; Feuerbach, Grolman, Grundsätze 1825 § 341 a. E., Salchow, Lehrbuch 3. Aufl. § 482, Henke, Handbuch 1823 Teil III § 181 stellen sie zu den Delikten wider die anordnende oder vollziehende Gewalt des Staates.

Wie verschieden hiernach die Auffassungen auch sind, so wird doch durchweg der Staat als unmittelbar verletzt angesehen, sei es weil seine Beamten delinquieren, sei es weil seine Vorschriften über die Art der Ämterbesetzung nicht beachtet werden [13].

Da es sich also um Angriffe gegen ein staatliches Hoheitsrecht handelt, so sind die Ämter, deren Besetzung in Frage kommen kann, nur öffentliche, d. h. nach Henke Staats- oder Kirchenämter, sowie selbstverständlich Gemeindeämter (Martin), nicht aber Hof-, Titular- und Privatämter [14]. Bezüglich der kirchlichen Ämter machen Heffter und Abegg gewisse Bedingungen; nur dann sollten dieselben nämlich als hierher gehörig gelten, wenn sie von der weltlichen Macht aus vergeben würden (Abegg) bezw. staatlicher Gerichtsbarkeit unterständen (Heffter).

Die grössten Meinungsverschiedenheiten bestehen über den Zeitpunkt der Vollendung der Delikte. Sind dieselben vorhanden, wenn die Bestechung angeboten oder erst, wenn sie angenommen worden ist, oder gehört auch die Erlangung des Amtes zum Thatbestande? Luden meint, die Amtserschleichung sei vollendet, wenn die Bestechung vollendet sei, d. h. wenn der zu Bestechende die Bestechung angenommen habe. Mit dieser Auffassung steht er indes allein da. Einerseits nämlich widersprechen ihr Dabelow, Tittmann, Marezoll [15]), Martin a. a. O. und Abegg a. a. O.: Ein Delikt des

---

[13]) Grolman a. a. O. § 342: „Das Verbr. der A. besteht in der Verletzung der Rechte der anordnenden Staatsgewalt", so ausdrücklich auch Henke a. a. O. S. 355.

[14]) Tittmann, Handbuch 1822—24 II. Bd. § 236.

[15]) Das gem. deutsche Kriminalrecht 3. Aufl. S. 314.

Bestechenden wie des Bestochenen liege erst dann vor, wenn der Bewerber das umworbene Amt erlangt habe. Dies stützen sie auf Justinians Nov. 8 cap. 8 § 1 und Nov. 123 cap. 2 § 1 und cap. 16, in denen als „gesetzliche also regelmässige“[16]) Strafe des Bewerbers Amtsentsetzung angedroht sei. Dem gegenüber machen Feuerbach, Grolman, Wächter, Salchow, Henke mit Recht das Gegenteil geltend; allerdings sei von Justinian Entsetzung von dem durch Bestechung erlangten Amte dem Bestecher angedroht worden, aber nur für den Fall, dass er die Verleihung des Amtes eben schon erreicht habe; sei diese noch nicht erfolgt, so seien die übrigen zahlreichen Strafen eingetreten; aus jener Strafe sei also nichts zu folgern. Nicht die Erlangung des Amtes, auch nicht die — nirgends geforderte — Annahme der Bestechung sei Thatbestandsmerkmal; vielmehr müsse nur diejenige Handlung vollendet sein, durch die der Andere zur Amtserteilung bestimmt werden sollte, damit strafbare Amtserschleichung auf seiten des Bestechenden vorliege. Dies beweise schon das Wort „petierit“ in l. un. § 1 D. 48, 14.

Subjekt der aktiven Bestechung ist in erster Linie der Kandidat. Nach Grolman, Wächter und Marezoll aber können sich auch Dritte, d. h. Nichtkandidaten, derselben schuldig machen, und zwar nicht nur als Gehilfen des Kandidaten, sondern auch ohne dessen Wissen, gemäss c. 27 und 33 X de sim. V, 3.

Subjekt der passiven Bestechung ist der das Amt Erteilende. Wer hierunter zu verstehen sei, darüber streiten die Gelehrten. Unverkennbar aber ist bei allen die Tendenz, den Kreis der in Betracht kommenden Personen auszudehnen. Subjekt kann nach Grolman jeder sein, der durch seine Stimme bei der Amtsbesetzung konkurriert; ähnlich Henke, Abegg und Marezoll. Am weitesten geht Martin. Ihm zufolge kann jeder, bei der Amtsbesetzung eine zu zählende, nicht bloss eine beratende Stimme führende, sei er Beamter oder Privatmann, sich der Amtserschleichung im passiven Sinne schuldig machen. Zweifellos ist in dieser Neigung zu extensiver Auslegung

---

[16]) In diesem „also“ liegt der Fehlschluss. Die Strafe war zwar gesetzlich, aber nicht regelmässig. — Tittmanns besonderer Grund, bis zur Erlangung des Amtes könne nicht von „der widerrechtlichen Besetzung öffentlicher Ämter die Rede sein“, enthält eine petitio principii. Nennt man das Delikt so, dann ist jenes Thatbestandsmerkmal im Namen vorweggenommen; aber mit welchem Rechte?

der Einfluss veränderter staatlicher Verhältnisse, besonders der Erteilung des Wahlrechts an das Volk, zu erblicken.

Als Strafen wählt die Praxis in offenbarem Anschlusse an die fremden Rechte [17]) den Verlust des erschlichenen Amtes [18]) und Unfähigkeit zu dessen Bekleidung, sowie Geldstrafe [19]) für den Bewerber, andererseits Verlust des Ernennungs- oder Miternennungsrechtes [20]) auf Zeit oder für immer, Einziehung der Bestechungssumme [21]) und Geldstrafe für den Bestochenen. Die Tauglichkeit oder Unfähigkeit des Bewerbers [22]), der Umfang des dem Staate aus der Amtserschleichung erwachsenen Schadens [23]), sowie ob das Amt schon thatsächlich verliehen worden ist [24]), alles das soll die Wahl der Strafe beeinflussen.

Soweit sich die Amtserschleichung auf geistliche Ämter bezieht, wird sie als „ambitus ecclesiasticus" oder „Simonie" [25]) der weltlichen ganz analog behandelt. Die Strafen waren wie bei dieser arbiträre und daher nicht überall dieselben. In dem von Klein, Annalen XI, 101 ff. mitgeteilten Falle wurde vom Kammergericht gegen einen Prediger auf Entsetzung von dem erschlichenen Amte und Unfähigkeit, „ein geistliches Amt in den hiesigen Staaten zu bekleiden", erkannt. Der Verlust des erschlichenen Amtes soll nach Böhmer, Auserles. Rechtsfälle II, 1 S. 14 ff. nur dann ausgesprochen werden, wenn die „Konkurrenz unmittelbar", d. h. die Bestechung vom Bewerber selbst ausgegangen, die Bestechung bekannt geworden [26]) und der Kandidat zum Amte untauglich sei. Sollte letzteres nicht der Fall sein oder liegen sonstige mildernde Umstände vor, so soll Dispensation und „den Umständen nach eine suspensio ab officio oder eine translocatio" erfolgen [27]).

---

[17]) Wenn auch bewusstermassen, ohne diese rezipiert zu haben oder rezipieren zu wollen.

[18]) Heffter a. a. O. § 550, Abegg a. a. O. § 488, Tittmann a. a. O. § 238. „Die schon gehobenen Amtseinkünfte sind unstreitig Gegenstand fiskalischer Vindikation" Heffter a. a. O.

[19]) Bauer a. a. O. § 355 (331) a. E., Henke a. a. O. S. 359, Abegg a. a. O.

[20]) Bauer a. a. O. a. E., Abegg a. a. O., Tittmann a. a. O.

[21]) Bauer a. a. O. Grolman a. a. O. § 343, Tittmann a. a. O.

[22]) S. z. B. Berner, Lehrbuch 1871 S. 575, Abegg a. a. O. u. a.

[23]) Martin a. a. O., Wächter a. a. O. S. 495, Abegg a. a. O.

[24]) So Heffter a. a. O. § 529 a. E.

[25]) Quistorp, Grundsätze 1810 ff. Bd. I, 1 S. 412.

[26]) Wegen c. 13, c. 11 u. 38 X de sim. V, 3.

[27]) Gestützt auf c. 1 u. 3 C. 1 qu. 5 und c. 45 X l. c

§ 4.

Partikularrecht.[1])

Schon im gemeinen Rechte macht sich, wie erwähnt, hie und d das Bestreben geltend, den strafrechtlichen Schutz gegen Amts erschleichungen durch extensive Auslegung der Quellen zu erhöhen Seinen vollendeten Ausdruck findet dasselbe in den deutschen Partikular gesetzgebungen unseres Jahrhunderts, die in der freien Verarbeitun des römisch-kanonisch-gemeinrechtlichen Materials zu einem den ver änderten Zeitverhältnissen entsprechenden Ganzen zum Teil Her vorragendes geleistet haben.

Seit Tiberius dem römischen Volke das Recht der Beamtenwah genommen hatte, war stets entweder die Bedeutung der Wahlen ein so untergeordnete oder die Gefahr, dass Wahlbestechungen ihr Ergebni wesentlich beeinflussen könnten, eine so geringe, dass besondere staat liche Gesetze gegen das Delikt der Wahlbestechung nicht erforderlic schienen. Daher giebt es seit Tiberius kein solches Gesetz, überhaup kein auf Wahldelikte ausschliesslich bezügliches Gesetz meh sondern nur Gesetze gegen Umtriebe behufs Erlangung von Ämtern Die Wahlen als solche sind mehr als ein Jahrtausend hindurch stra rechtlich ungeschützt. Als nun aber in der ersten Hälfte unsere Jahrhunderts mit der Entstehung der konstitutionellen Monarchien da Volkswahlrecht in den deutschen Einzelstaaten eine gänzlich neue Bedeu tung für den Staat gewann, musste auch dessen Stellung zu den Wahl vergehen eine andere werden.[2]) Mit den auf alle Formen der Ämte besetzung in gleicher Weise gerichteten gemeinrechtlichen Norme über Amtserschleichung war den ganz eigenartigen Wahldelikten gegen über wenig auszurichten, hatten ja doch gerade die wichtigsten Wahle gar nicht die Besetzung von Ämtern zum Zwecke. Mehr und meh

---

[1]) Zusammenfassende Darstellungen des Partikularrechts der Wahlbestechun sind nicht vorhanden. Viel Material ist in den Kommentaren der einzelstaatliche Strafgesetzbücher enthalten.

[2]) Weis, das Strafgesetzbuch für das Kgr. Baiern 1863 1. Bd. S. 382, begin die Erläuterung der Wahldelikte mit den Worten: „In einem Staate, in welchem w in Baiern, die Bürger berufen sind, an den öffentlichen Angelegenheiten durch v ihnen gewählte Repräsentanten Teil zu nehmen, haben die Wahlen eine hohe B deutung, und die Strafgesetzgebung muss deshalb die öffentlichen Wahlrechte, sow dies durch Strafbestimmungen geschehen kann, gegen Verletzungen und Gefährdung schützen“.

stellte sich die Notwendigkeit heraus, eine selbständige Deliktsgruppe für Wahlvergehen, zum mindesten aber für das wichtigste unter diesen, die Wahlbestechung, einen selbständigen Thatbestand zu bilden.

Die Regierungen haben denn auch diese Notwendigkeit vielfach ohne weiteres selbst anerkannt und in ihre Strafgesetzentwürfe Bestimmungen gegen unlautere Wahlbeeinflussungen aufgenommen. Konnte sich die eine oder andere hierzu nicht entschliessen, so gaben die Stände, denen naturgemäss daran lag, das vom Volke mühsam errungene Wahlrecht auch durch das Strafgesetzbuch geschützt zu sehen, den Anstoss zur Aufnahme der erforderlich scheinenden Normen.[3]) Wenn irgendwo, so kommt hier der mächtige Einfluss, den die politischen Verhältnisse eines Landes auf sein Strafrecht ausüben, zu unverkennbarem Ausdruck. Je grösser in den einzelnen Staaten der Einfluss des Volkes auf die öffentlichen Angelegenheiten, je liberaler die Verfassung ist, desto vollständiger und ergiebiger sind auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze des Volkswahlrechtes. Wo anderseits das Strafgesetzbuch noch in Zeiten des Absolutismus oder politischer Reaktion entstanden ist, da ist auch das Wahlrecht des Volkes gar nicht oder nicht genügend geschützt.

So scheiden folgende Strafgesetzbücher, welche keinerlei Bestimmungen über Wahlbestechung enthalten, für diese Arbeit völlig aus:

Das bairische vom 6. Mai 1813,
das oldenburgische vom 10. September 1814 und
das österreichische vom 27. Mai 1852.

Unter den übrig bleibenden kommt wiederum das preussische St.G.B. vom 14. April 1851 zunächst nicht in Betracht, weil es die Wahlbestechung unter wesentlich veränderten Gesichtspunkten den anderen Partikularrechten gegenüber behandelt. Von dem hannöverschen St.G.B. vom 8. August 1840 [4]) abgesehen, welches noch völlig

---

[3]) So sind die auf den Wahlschutz bezüglichen Bestimmungen des hannöverschen St.G.B., wie Leonhardt (im Comm. zum Kriminalgesetze f. d. Kgr. Hannover 1846 Art. 153 Anm **)) mitteilt, „auf Antrag der Stände dem Gesetz beigefügt", weil sie, wie die Stände ihren Antrag motivierten, „durch die Vorschriften über Bestechung doch bei weitem nicht hinreichend erschöpft" worden seien. Auch in Hepps Comm. über d. neue württemb. St.G.B. 1842 Art. 160 ist der erweiternde und ergänzende Einfluss der Stände deutlich erkennbar.

[4]) Als Beispiel sei das hannöversche St.G.B. in den fraglichen Punkten hier wörtlich mitgeteilt: „Wer, um sich selbst oder einem andern ein öffentliches Amt

§ 4.

Partikularrecht.[1])

Schon im gemeinen Rechte macht sich, wie erwähnt, hie un
das Bestreben geltend, den strafrechtlichen Schutz gegen A
erschleichungen durch extensive Auslegung der Quellen zu erhö
Seinen vollendeten Ausdruck findet dasselbe in den deutschen Partik
gesetzgebungen unseres Jahrhunderts, die in der freien Verarbei
des römisch-kanonisch-gemeinrechtlichen Materials zu einem den
änderten Zeitverhältnissen entsprechenden Ganzen zum Teil
vorragendes geleistet haben.

Seit Tiberius dem römischen Volke das Recht der Beamten
genommen hatte, war stets entweder die Bedeutung der Wahlen
so untergeordnete oder die Gefahr, dass Wahlbestechungen ihr Erg
wesentlich beeinflussen könnten, eine so geringe, dass besondere s
liche Gesetze gegen das Delikt der Wahlbestechung nicht erforde
schienen. Daher giebt es seit Tiberius kein solches Gesetz, überh
kein auf Wahldelikte ausschliesslich bezügliches Gesetz n
sondern nur Gesetze gegen Umtriebe behufs Erlangung von Äm
Die Wahlen als solche sind mehr als ein Jahrtausend hindurch s
rechtlich ungeschützt. Als nun aber in der ersten Hälfte un
Jahrhunderts mit der Entstehung der konstitutionellen Monarchie
Volkswahlrecht in den deutschen Einzelstaaten eine gänzlich neue Be
tung für den Staat gewann, musste auch dessen Stellung zu den V
vergehen eine andere werden.[2]) Mit den auf alle Formen der Ä
besetzung in gleicher Weise gerichteten gemeinrechtlichen No
über Amtserschleichung war den ganz eigenartigen Wahldelikten ge
über wenig auszurichten, hatten ja doch gerade die wichtigsten W
gar nicht die Besetzung von Ämtern zum Zwecke. Mehr und

[1]) Zusammenfassende Darstellungen des Partikularrechts der Wahlbeste
sind nicht vorhanden. Viel Material ist in den Kommentaren der einzelstaat
Strafgesetzbücher enthalten.

[2]) Weis, das Strafgesetzbuch für das Kgr. Baiern 1863 1. Bd. S. 382, b
die Erläuterung der Wahldelikte mit den Worten: „In einem Staate, in welche
in Baiern, die Bürger berufen sind, an den öffentlichen Angelegenheiten durc
ihnen gewählte Repräsentanten Teil zu nehmen, haben die Wahlen eine hoh
deutung, und die Strafgesetzgebung muss deshalb die öffentlichen Wahlrechte,
dies durch Strafbestimmungen geschehen kann, gegen Verletzungen und Gefährd
schützen".

stellte sich die Notwendigkeit heraus, eine selbständige Deliktsgruppe für Wahlvergehen, zum mindesten aber für das wichtigste unter diesen, die Wahlbestechung, einen selbständigen Thatbestand zu bilden.

Die Regierungen haben denn auch diese Notwendigkeit vielfach ohne weiteres selbst anerkannt und in ihre Strafgesetzentwürfe Bestimmungen gegen unlautere Wahlbeeinflussungen aufgenommen. Konnte sich die eine oder andere hierzu nicht entschliessen, so gaben die Stände, denen naturgemäss daran lag, das vom Volke mühsam errungene Wahlrecht auch durch das Strafgesetzbuch geschützt zu sehen, den Anstoss zur Aufnahme der erforderlich scheinenden Normen.[3]) Wenn irgendwo, so kommt hier der mächtige Einfluss, den die politischen Verhältnisse eines Landes auf sein Strafrecht ausüben, zu unverkennbarem Ausdruck. Je grösser in den einzelnen Staaten der Einfluss des Volkes auf die öffentlichen Angelegenheiten, je liberaler die Verfassung ist, desto vollständiger und ergiebiger sind auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze des Volkswahlrechtes. Wo anderseits das Strafgesetzbuch noch in Zeiten des Absolutismus oder politischer Reaktion entstanden ist, da ist auch das Wahlrecht des Volkes gar nicht oder nicht genügend geschützt.

So scheiden folgende Strafgesetzbücher, welche keinerlei Bestimmungen über Wahlbestechung enthalten, für diese Arbeit völlig aus:

Das bairische vom 6. Mai 1813,
das oldenburgische vom 10. September 1814 und
das österreichische vom 27. Mai 1852.

Unter den übrig bleibenden kommt wiederum das preussische St.G.B. vom 14. April 1851 zunächst nicht in Betracht, weil es die Wahlbestechung unter wesentlich veränderten Gesichtspunkten den anderen Partikularrechten gegenüber behandelt. Von dem hannöverschen St.G.B. vom 8. August 1840 [4]) abgesehen, welches noch völlig

---

[3]) So sind die auf den Wahlschutz bezüglichen Bestimmungen des hannöverschen St.G.B., wie Leonhardt (im Comm. zum Kriminalgesetze f. d. Kgr. Hannover 1846 Art. 153 Anm **)) mitteilt, „auf Antrag der Stände dem Gesetz beigefügt“, weil sie, wie die Stände ihren Antrag motivierten, „durch die Vorschriften über Bestechung doch bei weitem nicht hinreichend erschöpft“ worden seien. Auch in Hepps Comm. über d. neue württemb. St.G.B. 1842 Art. 160 ist der erweiternde und ergänzende Einfluss der Stände deutlich erkennbar.

[4]) Als Beispiel sei das hannöversche St.G.B. in den fraglichen Punkten hier wörtlich mitgeteilt: „Wer, um sich selbst oder einem andern ein öffentliches Amt

den Geist des gemeinen Rechts atmet (Art. 153 ff.), stimmen die Partikularrechte in der Festsetzung der strafbaren Handlungen im Wesentlichen überein:

> Aktive Wahlbestechung begeht, wer bei Wahlen einem Wähler Geschenke oder sonstige Vorteile giebt oder verspricht, um dessen Stimme sich oder einem anderen zu gewinnen,
>
> passive Wahlbestechung, wer solche Vorteile selbst oder durch Angehörige annimmt oder sich ausbedingt.

Auf seiten des Bestechenden genügt also das Anbieten oder Versprechen eines Vorteils, gleichviel ob dasselbe von der anderen Seite angenommen wird, auf seiten des Bestochenen die Annahme des Geschenks oder Versprechens, gleichviel ob die Bewerbung Erfolg hatte oder nicht.

Verschieden ist nun aber der Gesichtspunkt, unter dem diese Delikte im besonderen Teile des Strafrechts untergebracht sind. Das braunschweigische St.G.B. vom 10. Juni 1840 § 113 I und II[5]) behandelt sie — unter dem gemeinschaftlichen Marginal Bestechung in Beziehung auf die Ausübung öffentlicher Rechte — als Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung; ähnlich fasst sie das württembergische St.G.B. vom 1. März 1839 in Art. 160 auf. Beide stellen

---

zu verschaffen, Geschenke, Versprechungen ungebührlicher Vorteile, Bedrohungen oder Betrügereien anwendet, macht sich der Amtserschleichung schuldig" (Art. 153). „Missbraucht ein Mitglied einer Korporation oder eine einzelne Person ihr Recht zur Wahl, Präsentation oder Ernennung zur Beförderung einer Amtserschleichung, so verlieren sie jenes Recht für ihre Person." (Art. 155.)

Als Gegenstück hierzu sei das hessische St.G.B. Art. 202 wiedergegeben: „Wer in Bezug auf vorzunehmende, gesetzlich angeordnete Wahlen oder in Bezug auf eine in der Ständeversammlung abzugebende Stimme einem Wähler oder einem Ständemitglied mittel- oder unmittelbar Geld oder andere Vermögensvorteile zum Geschenke giebt oder verspricht, soll ebenso wie der Wähler oder das Ständemitglied, welche das Geschenk oder das Versprechen annehmen, mit Gefängnis- oder Korrektionshaus bis zu einem Jahr bestraft werden".

[5]) Das braunschweigische St.G.B. ist in stilistischer Hinsicht eines der mangelhaftesten: „Wer, um sich wegen Besetzung von ihm zu vergebender Ämter oder wegen Ausübung seines Stimmrechts bei Gemeinde- oder landschaftlichen Wahlen zu bestimmen, Geschenke oder sonstige Vorteile für sich oder seine Angehörigen annimmt oder versprechen lässt", wird mit Gefängnis oder Geldstrafe belegt.

sie unter die Ueberschrift „Bestechung“ als „Handlungen gegen das obrigkeitliche Ansehen“. Die einheitliche Bezeichnung beider Delikte als „Bestechung“ und die Auffassung, dass dieselben gegen die öffentliche Ordnung gerichtet seien, entstammt dem gemeinen Recht, dessen Einfluss gerade im braunschweigischen St.G.B. auch sonst unverkennbar ist. Wie jenes die Wahlbestechung in der Amtserschleichung hatte aufgehen lassen, so wendet sich auch dieses in § 113 zunächst gegen die Bestechung bei der Besetzung von Ämtern und fügt nur, den Zeitverhältnissen entsprechend, den Fall hinzu, das jemand „wegen Ausübung seines Stimmrechtes bei . . Wahlen“ Geschenke annimmt.[6]) Die Wahlbestechung ist hier von der Amtserschleichung noch nicht völlig losgelöst. Noch ungleich mehr steht das hannöversche G.B. hierin unter gemeinrechtlichem Einflusse: Die aktive Wahlbestechung ist garnicht erwähnt, vielmehr in der Amtserschleichung einbegriffen, und auch die passive wird nicht als eigenes Delikt, sondern als „Beförderung einer Amtserschleichung“ behandelt. Ein geringer Rest dieser gemeinrechtlichen Auffassung besteht im badischen St.G.B. vom 6. März 1845 § 711. Am weitesten in der Loslösung vom gemeinen Rechte geht das grossh. hessische St.G.B. vom 17. September 1841 in Art. 202, welcher in dem Abschnitt „von Verletzung der gesetzlichen Wahl- und Stimmrechte“ seinen Platz hat, und das bairische St.G.B. von 1861, dessen Art. 152 unter den strafbaren Handlungen „in Bezug auf Wahlrechte“ steht. Hier wie dort ist nicht nur in der Wahlbestechung ein selbständiges Delikt, sondern auch im Wahlrecht ein neues, schutzberechtigtes und geschütztes Rechtsgut des Volkes anerkannt. Den Uebergang zu dieser Auffassung, die nicht den Zweck der Ämterbesetzung, sondern die Wahlform an sich als genügende Grundlage der Berechtigung strafrechtlichen Schutzes ansieht, bildet das sächsische St.G.B. von 1838[7]), welches in Art. 318 nur die passive Wahlbestechung unabhängig vom Wahlzwecke für schutzberechtigt erklärt, die aktive hin-

---

[6]) Ganz ähnlich u. a. die Entwürfe zum St.G.B. f. d. preuss. Staat. von 1836, 1842 und 1843 (bei v. Kamptz, Zusammenstellung 1844). Hier sind die alten landrechtlichen Bestimmungen über Missbrauch des Rechts zur Ernennung öffentlicher Beamten einfach übernommen und in einem besonderen Paragraphen ohne weiteres „auf die Wahlen ständischer u. s. w. Repräsentanten und Abgeordneten“ ausgedehnt worden (s. unten S. 36 Anm. 15).

[7]) Auch im Herzogtum Sachsen-Altenburg am 3. Mai 1841 publiziert.

gegen nur sofern sie der „Erlangung von Ämtern oder Anstellungen" dient. Die übrigen Strafgesetzbücher kennen diese Einschränkung nicht. So schützt das braunschweigische St.G.B. „die Gemeinde- oder landschaftlichen Wahlen" ohne Rücksicht auf ihren Zweck, das thüringische Art. 311 „die Wahlen in öffentlichen oder Gemeindeangelegenheiten", das badische und sächsische (1855) Art. 368 in ganz gleichem Sinne die „Staats- oder gemeindebürgerlichen Wahlen", während das hessische — auch hierin weiter als alle übrigen — sämtliche „gesetzlich angeordnete Wahlen" in seinen Kreis zieht.

Wiederum ein gemeinrechtlicher Gedanke liegt zu Grunde, wenn mehrere Partikularrechte den Verkauf der Wahlstimme teils als eine Art Amtsvergehen, teils auf einer Stufe mit diesen behandeln. So steht nach braunschweigischem St.G.B. der bestochene Wähler völlig gleich dem „wegen Besetzung von ihm zu vergebender Ämter" Bestochenen. Ähnlich behandelt das St.G.B. von Nassau Art. 448 beide Delikte als „besondre Verbrechen und Vergehen der Staatsbeamten und öffentlichen Diener", und das sächs. St.G.B. (1838) nennt als Subjekte nebeneinander in Art. 318

> „Staatsdiener und andere öffentlich Beamtete, sowie überhaupt alle Staatsbürger, welche bei Besetzung der von ihnen zu vergebenden Ämter oder bei der Ausübung ihres Stimm- und Wahlrechtes Geschenke . . . annehmen".

Zweck der Bestechung ist Gewinnung einer Wahlstimme. Dabei soll als „Gewinnung" in gleicher Weise gelten, wenn Abgabe oder Nichtabgabe der Stimme, und zwar absolute oder relative Nichtabgabe, d. h. völlige Wahlenthaltung, oder bloss Nichtwählen eines bestimmten Kandidaten paktiert ist[8]).

Mittel der Bestechung sind nach den Strafgesetzbüchern von Sachsen (1838), Hannover, Braunschweig,[9]) Sachsen (1855) und Baiern (1861) Geschenke und Vorteile oder, wie Sachsen (1838) diese nennt, „Leistungen"; Sachsen (1855) spricht von Geschenken und „Privatvorteilen". Die Gesetze lassen unentschieden, ob „Vorteile" nur Vermögensvorteile sein sollen. Nur das sächsische St.G.B.

---

[8]) Württemberg: „Um eine Stimme für sich oder einen andern zu erhalten oder dieselbe von einem andern abzuwenden", Hessen verbietet jede Bestechung „in Bezug auf vorzunehmende . . Wahlen"; ähnlich Baden, Sachsen (1855) u. s. w.

[9]) Ebenso thüring. und württ. St.G.B.

v. 1838 verneint die Frage ausdrücklich[10]). Für das württembergische verneint sie Hepp, Commentar II, 403 bezw. 383: Bestechungsmittel sei, „was zur Befriedigung der Sinnlichkeit . . dient", also ausser Geldeswert alles,

> „was zur Beförderung des Ehrgeizes, der Eitelkeit, der Sinnlichkeit dient, z. B. das Versprechen der Beförderung im Dienste, ein Orden etc."

Ebenso Weis für das bairische St.G.B. von 1861, „weil man bezüglich der Mittel der Bestechung keinerlei Beschränkungen eintreten lassen wollte" (St.G.B. f. d. Kgr. Baiern S. 38). Man hatte hier beabsichtigt, die unentgeltliche Bewirtung der Wähler milder zu bestrafen als sonstige Bestechung; dieser Plan wurde indes, wie Weis mitteilt, aufgegeben, weil entweder die Bewirtung wirkliche Bestechung und dann mildere Strafe nicht am Platze sei, oder aber die Bewirtung nur eine Gastlichkeit — z. B. des Hausherrn, bei dem eine Wahlbesprechung stattfindet, — in sich schliesse und dann auch die mildere Strafe nicht angebracht sei (a. a. O. S. 386).

Anderseits berücksichtigt das badische St.G.B. in § 711 und das hessische in Art. 202 nur „Geld oder andere Vermögensvorteile", weil sonst, wie Puchelt, Comm. N. 3b zu §§ 711—714 sagt, „zu viel hereingezogen würde" — ein Argument, das gerade bei der Wahlbestechung mit Vorliebe immer wieder angewendet wird.

Die Strafe ist nach dem St.G.B. für Baden nur Geldstrafe, nach dem sächsischen von 1838 in der Regel[11]) Geldstrafe in Höhe des vierfachen Wertes des Empfangenen oder Ausbedungenen (gemäss l. 6 C. ad leg. Jul. rep. IX, 26), oder „dafern dasselbe nicht zu Geld angeschlagen werden kann" in Höhe von 10—100 Thalern; Württemberg, Hessen und Sachsen (1855) sowie Baiern (1861) kennen nur Gefängnisstrafe, Hannover, Braunschweig, Thüringen Geld- oder Gefängnisstrafe. Gemeinsam ist den Partikularrechten die aus dem gemeinen Recht übernommene Konfiskation des gegebenen, nicht auch des bloss versprochenen Geschenkes oder, wenn dieses selbst nicht mehr vorhanden, seines Wertes; dieselbe trifft den Bestochenen, solange

---

[10]) Indem es auch von den Vorteilen spricht, die „nicht zu Geld angeschlagen werden" können (Art. 318).

[11]) Nur bei erschwerenden Umständen Gefängnis.

der bisher behandelten Partikularrechte ab, und darum musste er von diesen getrennt zur Besprechung kommen. Er findet sich erst in dem letzten Entwurfe zum preussischen St.G.B. vom Jahre 1850 (§ 76).[15]) Die Motive zu diesem begründen seine Aufnahme damit, dass die infolge der Revolution von 1848 neuerlich eingetretenen staatlichen Veränderungen ihn notwendig erscheinen liessen. Er ist, so besagen die Motive weiter, dem rheinischen St.G.B. nachgebildet, wie sich ja auch sonst bei diesem letzten Entwurfe rheinländische Einflüsse geltend gemacht haben; mittelbar entstammt er also, wie das ganze rheinische St.G.B., dem Code pénal, dessen Art. 113 folgendermassen lautet:

> „tout citoyen qui aura, dans les élections, acheté ou vendu un suffrage à un prix quelconque, sera puni d'interdiction des droits de citoyen et de toute fonction ou emploi public, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Seront en outre le vendeur et l'acheteur du suffrage condamnés chacun à une amende double de la valeur des choses reçues ou promises."

Sieht man von den Strafen, die hier normiert sind, ab, so ist die Ähnlichkeit der Bestimmungen des Art. 113 mit denen des § 86 des St.G.B. für die preuss. Staaten unverkennbar; letzterer ist im Grunde nur eine kurz gefasste, sich auf das Wesentliche des Originals beschränkende Übersetzung des Art. 113. Dieser entspricht im Hauptteil dem Art. 104 des im Conseil d'État beratenen ersten Entwurfes und wörtlich dem Art. 111 der zweiten Redaktion (Nypels, Le droit pénal 1863 p. 102, 103 ad Art. 113). Die Motive[16]) führten zur Be-

---

durch strafgerichtl. Erk. verlustig erklärt werden, wer bei den Wahlen Stimmen erkauft, seine Stimme verkauft . . ." (Weil, Quellen und Aktenstücke 1850 S. 153 und 204.)

[15]) Der Entwurf von 1828 — mir leider nicht zugänglich — soll in Abschn. 13 denen des preuss. St.G.B. ähnliche Vorschriften „im Hinblick auf die ständische Provinzial-Verfassung von 1823" enthalten haben (Goltd., Mat. 1852 Vorwort zum 4. Tit. Bd. II S. 99). Der (4.) Entw. von 1836 § 762, der der Immediatkommission von 1842 § 575 und des Staatsrates von 1843 § 585 enthielten folgendes: Die Bestimmungen über Missbrauch des Rechts zur Ernennung öffentlicher Beamten „finden auch Anwendung auf die Wahlen ständischer und Gemeine-Repräsentanten und -Abgeordneten, sowie der Repräsentanten und Abgeordneten anderer Korporationen oder Kollegien" (Zusammenstellung der drei Entwürfe des preuss. St.G.B. von v. Kamptz 1844). Die Strafe ist Verlust des Stimmrechts auf Lebenszeit. Die Wahl ist ungiltig.

[16]) Der Orateurs du Conseil d'État, présentés par les comtes Berlier, Corsini et Pelet, séance du 5. février 1810 (Code pénal 1810).

gründung des Artikels mit der ihnen eigenen, etwas national gefärbten Emphase aus:

> „laissons aux Anglais le scandaleux privilège de briguer les suffrages de leurs concitoyens à prix d'argent et à force de dépenses; l'honneur français repousse un tel moyen!"

Dass die Notwendigkeit strafrechtlicher Bestimmungen gegen den Kauf und Verkauf von Wahlstimmen damals noch der Verteidigung bedurfte, zeigt, wie jung solche Strafnormen im damaligen Frankreich waren. In der That sind nur zwei Quellen bekannt, und zwar beide aus den neunziger Jahren des 18. Jahrhunderts, aus denen der Code im vorliegenden Punkte geschöpft hat: Ein Gesetz vom 4. thermidor an V, das den Stimmenkauf mit einer infamierenden Strafe belegte,[17]) und die constitution vom 5. fructidor an III, die in Art. 32 bestimmt:

> „tout citoyen qui est légalement convaincu d'avoir vendu ou acheté un suffrage, est exclu des assemblées primaires et communales et de toute fonction publique pendant vingt ans; en cas de récidive il l'est pour toujours."[18])

Die Fassung des Thatbestandes ist, wenn von dem schleppenden „est légalement convaincu" abgesehen wird, dieselbe wie in Art. 113 des Code pénal. Interessant ist, dass Art. 32 den Stimmkauf im Rückfall mit besonderer Strafe bedroht.

Neben dem gemeinrechtlich-partikulären Stamm von Strafgesetzen wider die Wahlbestechung besteht also ein zweiter, französisch-partikulärer.[19]) Jünger und minder verzweigt als jener, ist er gleichwohl für das geltende Recht ungleich wichtiger geworden: Als man nämlich an die Schaffung eines einheitlichen Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund ging, glaubte man, die dem französischen Recht entstammenden Normen des preussischen Strafgesetzbuches denen der

---

[17]) Der Text desselben war mir nicht zugänglich. Das Gesetz ist bei M. Chauveau Adolphe — M. Faustin Hélie, Théorie du Code pénal 4. éd. 2. Bd. S. 191 No. 422 citiert.

[18]) Nypels a. a. O. p. 102.

[19]) Eine Verschmelzung beider versucht Art. 92 des Hamburgischen St.G.B. von 1869. Französische Einflüsse überwiegen indes Vgl. Verhandl. zw. Senat und Bürgerschaft i. J. 1869.

übrigen Partikularrechte vorziehen zu sollen.[20]) Ob man daran recht oder unrecht gethan, soll hier nicht erörtert werden. Es ist vielmehr nur die Thatsache festzustellen, dass nach Übernahme des norddeutschen Strafgesetzbuches in das deutsche Reich das geltende Recht der Wahlbestechung durchaus auf französische Quellen zurückgeht.

2. Abschnitt.

Der Stimmenkauf im Reichs-Strafgesetzbuche.[1])

§ 5.

Name und rechtliche Natur.

Der § 109 des Reichsstrafgesetzbuches bestimmt:

„Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“ [2])

---

[20]) Die Materialien enthalten weder eine Rechtfertigung hierfür, noch irgend welches sonstige Neue für die Erkenntnis unserer Delikte.

[1]) Von eingehenden Bearbeitungen des Gegenstandes vgl. insbesondere die stoffreiche Arbeit von Mittermaier, Über die Bestrafung der bei Wahlen verübten Vergehen, Archiv des Kriminalrechts 1849 S. 338 ff., ferner die auch de lege ferenda wertvolle Abhandlung von Drenkmann, Über die Wahlvergehen in Goltdammers Archiv Bd. 17 1869 S. 168 ff., sowie Schneidler, Die Delikte gegen das öffentliche Wahl- und Stimmrecht, Gerichtssaal Bd. 40 1888 S. 1 ff.

[2]) Die Zahl der von deutschen Gerichten alljährlich abgeurteilten Vergehen gegen § 109 St.G.B. lässt sich nicht angeben, da die Statistik des deutschen Reiches sämtliche Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte (§§ 105—109 St.G.B.) zusammenfasst. Deren Zahlen sind folgende:

1883	42,	davon	erfolgte	Verurteilung	in 8	Fällen
1884	11,	„	„	„	„ 7	„
1885	29,	„	„	„	„ 13	„
1886	46,	„	„	„	„ 4(!)	„
1887	38,	„	„	„	„ 17	„
1888	18,	„	„	„	„ 11	„
1889	6,	„	„	„	„ 2	„
1890	39,	„	„	„	„ 28	„
1891	49,	„	„	„	„ 14	„
1892	23,	„	„	„	„ 13	„ .

Die intentio des Paragraphen spricht von dem, der „eine Wahlstimme kauft oder verkauft." Es empfiehlt sich, diesen Sprachgebrauch des Gesetzes beizubehalten und an Stelle des bisher angewendeten Namens „Wahlbestechung" von jetzt ab die Bezeichnung „Stimmen- oder Wahlstimmenkauf" zu gebrauchen.[3]) Darin lassen sich die Handlungen des Käufers und des Verkäufers, wie die Summanden in der Summe, zusammenfassen, sodass Stimmenkauf i. w. S. = Stimmenverkauf + Stimmenkauf i. e. S. ist.[4]) Dieser kurze Sprachgebrauch ist uns durchaus geläufig; sprachwidrig ist es hingegen, wenn man einzeln für sich sowohl den Käufer, wie den Verkäufer einen Stimmenkauf i. w. S. begehen lässt, wie dies beispielsweise Gareis[5]) thut: „Des Stimmenkaufs (in Aktiengesellschaften) macht sich schuldig, wer sich besondere Vorteile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, dass er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung von Aktionären in einem gewissen Sinne stimme". Hiernach ist der Verkauf von Stimmen Stimmenkauf. Dieser unschöne Sprachgebrauch erklärt sich daraus, dass Gareis mit vielen anderen Kauf und Verkauf nur als die zwei Seiten eines und desselben Deliktes betrachtet, das „Stimmenkauf" genannt wird. Auch v. Liszt[6]) scheint dies anzunehmen: „Mit dieser Vereinbarung ist das Vergehen (sc. des Stimmenkaufes) vollendet"; ähnlich Stenglein:[7]) „Käufer und Verkäufer sind Teilnehmer von einer That", besonders aber Schütze:[8]) „Das Vergehen des § 109 ist Mehrheitsdelikt". Schütze ist m. W. der einzige, der sich über die Frage, ob Einheit oder Mehrheit der

---

[3]) Das Reichsgericht, Entsch. in Strafsachen VI, 194 und Registerbände, v. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. 1895 S. 655 u. a. nennen den Thatbestand des § 109 nach wie vor „Wahlbestechung". Diese Bezeichnung ist indes irreleitend, weil wesentliche Merkmale des Deliktes der Bestechung, z. B. der Zeitpunkt ihrer Vollendung, auf § 109 keine Anwendung finden.

[4]) Um der Verwechselung von Stimmenkauf im weiteren und im engeren Sinne, des Ganzen und eines seiner Teile, vorzubeugen, wäre für jenes die Bezeichnung „Stimmenhandel" vorzuziehen. In der gemeinrechtlichen Literatur findet sich häufig der entsprechende Ausdruck „nundinatio officiorum".

[5]) Lehrbuch des deutschen Handelsrechts 5. Aufl. 1896 S. 238.

[6]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts 6. Aufl. 1894 S. 534 und bei Besprechung des § 213 K.O. S. 437, richtig hingegen bezüglich Art. 249e H.G.B. S. 616; richtig auch Frassati, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 414 und 455.

[7]) Im Rüdorff'schen Kommentar zum St.G.B. 4. Aufl. 1892 N. 6 zu § 109.

[8]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1871 S. 258 A. 14.

Delikte vorliegt, des weiteren auslässt,[9]) allerdings nicht beim Stimmenkaufe, sondern bei der Amtsbestechung; doch lässt sich, was er über die Deliktseinheit bei dieser sagt, durchweg auf den Stimmenkauf ausdehnen.[10]) Seine Auffassung geht dahin:

„Es liegen nur vor zwei sich begegnende und im Zusammentreffen, nämlich im Abschlusse der rechtswidrigen Übereinkunft sich vereinende Thätigkeiten je eines Subjektes, das Geben und Nehmen zu verbrecherischem Zweck, welche im Zusammenstoss den Thatakt eines unteilbaren Deliktes," „der Amtskorruption", auf Deutsch der Bestechung bilden.[11])

Schütze nennt seine Einheitstheorie „eine Konsequenz, die heute schwerlich auf Zweifel stossen wird." Trotzdem ist sie unrichtig. Wenn die aktive Bestechung mit der Gewährung oder dem Versprechen des Vorteiles, die passive erst mit dessen Annahme vollendet ist, die Handlung des Bestechenden also in einem anderen Zeitpunkte Delikt wird, als die des Bestochenen, so kann bei der Bestechung nicht, wie Schütze behauptet, nur ein Delikt vorliegen; denn ein Delikt kann auch nur in einem Zeitpunkte vollendet sein.

In dieser Hinsicht würde Schützes Behauptung auf den Stimmenkauf noch besser passen, als auf die von ihm als Beispiel verwertete Beamtenbestechung, weil bei jenem die Handlungen beider Delinquenten nach § 109 R.St.G.B. in demselben Zeitpunkte Delikt werden. Auch die in einem und demselben Satze erfolgende Aufführung könnte man als Beleg dafür anführen, dass das Gesetz in § 109 ein, nicht zwei Vergehen hat konstruieren wollen. Trotzdem liegen begrifflich zwei Delikte vor. Nähme man mit Schütze nur ein Vergehen an, so müssten Käufer und Verkäufer der Wahlstimme Mitthäter desselben sein. Der Mitthäterschaft ist aber gegenüber der Alleinthäterschaft

---

[9]) Die notwendige Teilnahme am Verbrechen 1869 S. 339.

[10]) Dass Schütze selbst diese Gleichheit annimmt, ergiebt sein Lehrbuch S. 258 A. 14.

[11]) Erwähnenswert ist es, wie Schütze innerhalb dieses einen Deliktes die Grade der „Mitschuld" verteilt. Die des Bestechenden sieht er darin, dass derselbe „die Seele des Mitthäters verderbt, indem er die Reinheit der Amtstreue, und somit den gesunden Keim des Guten mit dem um sich fressenden Wurm des Bösen, der Unredlichkeit und Untreue behaftet und so dem Treubruch entgegenführt". Die Mitschuld des Bestochenen aber liege darin, dass er durch Annahme der Bestechung „auf den Bestecher zurückwirke, dessen verbrecherischen Willen durch die Kraft der Übereinstimmung im Bösen" oder „der kontagiösen Macht des Bösen"(!) bestärkend.

eigentümlich das bewusste Zusammenwirken der Subjekte zu einheitlichem Ziele. Welches sollte dies einheitliche Ziel, dieser einheitliche Erfolg beim Stimmenkaufe sein? Ziel des Stimmkäufers ist Gewinnung einer Wahlstimme, Ziel des Verkäufers Erlangung von Geld. Diesen verschiedenartigen Zielen entsprechen zwei gänzlich verschiedene Normen[12]) in § 109 und der durchaus ungleichartige Charakter der Handlungen.

Nimmt man trotz desselben Einheit des Deliktes an, so steht man vor der Notwendigkeit, die Handlungen beider Delinquenten derselben Deliktsgattung zuzuweisen, z. B. beide als politisches Delikt oder beide als unpolitisches aufzufassen. In der That geschieht ersteres: Der Stimmenkauf gilt allgemein als politisches Delikt.[13]) Für die That des Käufers passt dies ohne weiteres, die des Verkäufers aber, der um äusserer Vorteile willen sein Wahlrecht preisgiebt, hat stets materielle, nichts weniger als politische Zwecke; ja sie geht geradezu aus der Missachtung des politischen Rechtes der freien Wahl, aus der Gleichgültigkeit gegenüber dem politischen Leben hervor. Soll eine solche That die Vorrechte politischer Delikte geniessen? Freilich wird dies so lange geschehen, als man nicht auf die Absicht des Verbrechers, sondern auf das von ihm angegriffene Rechtsgut und dessen politischen oder nichtpolitischen Charakter entscheidendes Gewicht legt;[14]) denn Deliktsobjekt ist bei beiden Delinquenten, dem Käufer, wie dem Verkäufer, die Wahlstimme, also ein politisches Rechtsgut. Lässt man hingegen die Zwecke des Delinquenten über den Charakter seines Deliktes entscheiden,[15]) so giebt die hier vertretene Zweiteilung die

[12]) Binding, Die Normen 2. Aufl. 1890 1. Bd. S. 205 ff. rechnet den Thatbestand des § 109 zu den „Mischthatbeständen". Wenn er sagt: „Der Gesetzgeber entschliesst sich zu diesen Bildungen aus Neigung zur Kürze und opfert dieser nur zu leicht die wichtigere Aufgabe unter, jede Normwidrigkeit mit dem ihr gebührenden Strafäquivalent auszustatten", so ist dieser Tadel allerdings nicht für die Strafen, wohl aber für den Thatbestand des § 109 zutreffend (s. unten S. 43 ff.).

[13]) v. Liszt a a. O. S. 89; Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts 16. Aufl. 1891 S. 340; John, Entwurf zum nordd. St.G.B. — Bei der von Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht 1887 S. 215 vorgeschlagenen Zweiteilung der politischen Delikte in absolut und relativ politische wäre der Stimmenkauf der ersteren Klasse beizurechnen.

[14]) So v. Liszt a. a. O. S. 89; vermittelnd v. Meyer a. a. O. S. 126 f.

[15]) So Lammasch a. a. O. S. 294 für die relativ politischen Verbrechen; der Zweck muss aber auch bei den absolut politischen Verbrechen entscheiden, sodass in dieser Hinsicht eine Verschiedenheit der beiden Klassen nicht bestände.

Möglichkeit, zwar die Strafthat des Stimmkäufers als politische, des Verkäufers aber, wie sie es verdient, als nichtpolitische zu handeln.

Dafür, dass § 109 nicht ein, sondern zwei Delikte enthält, sich auch das Reichsgericht[16]) ausgesprochen. In dem betreffer Falle hatte die Vorinstanz im Prozesse gegen den Stimmenkäufer als Verkäufer Verdächtigen den Zeugeneid abgenommen, weil di nicht „hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bilder That als Teilnehmer“ anzusehen sei, also der Grund des § 56 St.P.O. zu uneidlicher Vernehmung nicht vorliege. Diese Begrünc sei unrichtig, meint das Reichsgericht: Die „That“, von der § 56 St.P.O. spricht, sei nicht gleichbedeutend mit dem in einem St gesetze definierten Thatbestande. Wäre sie dies, d. h. wäre Begriff der Teilnahme an der That in § 56 strafrechtlich, nicht s prozessual aufzufassen, dann „würde von dem Verkaufenden allerc nicht in strengem Sinn behauptet werden können, dass er Mitthäter zu dem seinem Verkaufe entsprechenden Kaufe sei.“ Für uns handelt es sich ausschliesslich um den strafrechtlichen Be In diesem Sinne liegt im Falle des § 109 nicht ein Delikt vor, sich als Mitthäterschaftsdelikt darstellt, sondern es sind zwei se ständige Delikte gegeben, die je einen Fall der „notwendigen nahme“ in sich schliessen.

War die Frage, ob § 109 ein oder zwei Delikte enthält, s darum, weil sie in der Regel stillschweigend übergangen und aus dem naheliegenden Grunde zu berühren, dass für Arbeit klargestellt werden musste, ob in ihr von dem oder von Vergehen des § 109 zu sprechen sei, so verdiente sie auch aus e anderen wichtigen Grunde Erwähnung: Sind beim Stimmenk wie hier angenommen worden ist, zwei Delikte vorhanden, das vom Stimmenkäufer, das andere vom Verkäufer begangen, so keine Rede davon sein, dass in denjenigen Fällen von Stimmen in denen das Gesetz nur die That des einen Delinquenten für bar erklärt, die des andern als Teilnahme an jener, z. B. als stiftung, zur Bestrafung gezogen werden dürfte. Wenn das G in § 213 K.O. und Art. 249e H.G.B. im Gegensatze zu § 109 St

---

[16]) Entscheidung in Strafsachen XVII, 101; vgl. auch das. S. 116 ff. und] sprechung des Reichsgerichts in Strafsachen IX, 234 f.

nicht Kauf und Verkauf der Stimme, sondern nur den Verkauf mit Strafe belegt, so will es damit sagen, dass der Stimmenkauf von Strafe freibleiben soll. In diesen Fällen wäre also eine Bestrafung des Stimmenkaufes als Teilnahme am Stimmenverkaufe gesetzwidrig.[17]

§ 6.

Die Vollendung der Vergehen.

Der § 109 straft den, der „kauft oder verkauft". Die Delikte des Stimmenkaufes und -verkaufes haben also zur Voraussetzung das Zustandekommen eines Vertrages, und zwar nach der vom Gesetze gewählten Ausdrucksweise eines Kaufes. Hierin liegt der wesentlichste Unterschied zwischen der gesetzgeberischen Behandlung der Delikte im Reichsstrafgesetzbuche und in den Partikularrechten ausser Preussen. In ihnen war der Erfolg oder die Erfolglosigkeit der Bestechungsversuche, die Perfektion oder Nichtperfektion des Vertrages belanglos; bestraft sollte werden, wer einem Wähler ein Geschenk giebt oder verspricht, um dessen Stimme für sich oder einen anderen zu erhalten. Das Thatbestandsmerkmal des Vertrages hat das Reichsstrafgesetzbuch, wie wir gesehen haben, aus dem Code pénal übernommen.[1] Wenn sich dieser in der Fassung des Art. 113, dem unser § 109 entspricht, vor den partikulären deutschen Strafgesetzbüchern, wie so oft, durch seine schneidige Kürze auszeichnet, so hat er die Möglichkeit, sich kurz zu fassen, hauptsächlich dadurch gewonnen, dass er den Kaufvertrag zum Deliktsmerkmale erhob. So konnte er durch die Worte: „eine Wahlstimme kauft oder verkauft" die wortreiche Fassung der Partikularrechte vermeiden. Darin liegt zweifellos ein Vorzug vor diesen. Ob aber die Rezeption des französischen Rechtes nicht nur formell, sondern auch (was wichtiger ist) materiell einen Fortschritt bedeutete, kann einigermassen zweifelhaft sein.[2]

---

[17]) Im Ergebnisse übereinstimmend Frassati in der Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 459 ff., v. Kries daselbst Bd. 7 S. 547.

[1]) Dessen Übereinstimmung mit dem kanonischen Rechte dürfte in diesem Punkte auf Zufall beruhen; wenigstens vermag ich einen Zusammenhang nicht aufzufinden.

[2]) Übrigens hatte man schon zur Zeit, als Art. 113 des Code nach Preussen übernommen wurde, in Frankreich selbst seine allgemeine Mangelhaftigkeit erkannt und ihn durch das Gesetz v. 15. März 1849 abgeändert.

Möglichkeit, zwar die Strafthat des Stimmkäufers als politische, die des Verkäufers aber, wie sie es verdient, als nichtpolitische zu behandeln.

Dafür, dass § 109 nicht ein, sondern zwei Delikte enthält, hat sich auch das Reichsgericht[16]) ausgesprochen. In dem betreffenden Falle hatte die Vorinstanz im Prozesse gegen den Stimmenkäufer dem als Verkäufer Verdächtigen den Zeugeneid abgenommen, weil dieser nicht „hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That als Teilnehmer" anzusehen sei, also der Grund des § 56 N. 3 St.P.O. zu uneidlicher Vernehmung nicht vorliege. Diese Begründung sei unrichtig, meint das Reichsgericht: Die „That", von der § 56 N. 3 St.P.O. spricht, sei nicht gleichbedeutend mit dem in einem Strafgesetze definierten Thatbestande. Wäre sie dies, d. h. wäre der Begriff der Teilnahme an der That in § 56 strafrechtlich, nicht strafprozessual aufzufassen, dann „würde von dem Verkaufenden allerdings nicht in strengem Sinn behauptet werden können, dass er Mitthäter etc. zu dem seinem Verkaufe entsprechenden Kaufe sei." Für uns aber handelt es sich ausschliesslich um den strafrechtlichen Begriff. In diesem Sinne liegt im Falle des § 109 nicht ein Delikt vor, das sich als Mitthäterschaftsdelikt darstellt, sondern es sind zwei selbstständige Delikte gegeben, die je einen Fall der „notwendigen Teilnahme" in sich schliessen.

War die Frage, ob § 109 ein oder zwei Delikte enthält, schon darum, weil sie in der Regel stillschweigend übergangen wird, und aus dem naheliegenden Grunde zu berühren, dass für diese Arbeit klargestellt werden musste, ob in ihr von dem oder von den Vergehen des § 109 zu sprechen sei, so verdiente sie auch aus einem anderen wichtigen Grunde Erwähnung: Sind beim Stimmenkaufe, wie hier angenommen worden ist, zwei Delikte vorhanden, das eine vom Stimmenkäufer, das andere vom Verkäufer begangen, so kann keine Rede davon sein, dass in denjenigen Fällen von Stimmenkauf, in denen das Gesetz nur die That des einen Delinquenten für strafbar erklärt, die des andern als Teilnahme an jener, z. B. als Anstiftung, zur Bestrafung gezogen werden dürfte. Wenn das Gesetz in § 213 K.O. und Art. 249e H.G.B. im Gegensatze zu § 109 St.G.B.

---

[16]) Entscheidung in Strafsachen XVII, 101; vgl. auch das. S. 116 ff. und Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen IX, 234 f.

nicht Kauf und Verkauf der Stimme, sondern nur den Verkauf mit Strafe belegt, so will es damit sagen, dass der Stimmenkauf von Strafe freibleiben soll. In diesen Fällen wäre also eine Bestrafung des Stimmenkaufes als Teilnahme am Stimmenverkaufe gesetzwidrig.[17])

§ 6.

Die Vollendung der Vergehen.

Der § 109 straft den, der „kauft oder verkauft". Die Delikte des Stimmenkaufes und -verkaufes haben also zur Voraussetzung das Zustandekommen eines Vertrages, und zwar nach der vom Gesetze gewählten Ausdrucksweise eines Kaufes. Hierin liegt der wesentlichste Unterschied zwischen der gesetzgeberischen Behandlung der Delikte im Reichsstrafgesetzbuche und in den Partikularrechten ausser Preussen. In ihnen war der Erfolg oder die Erfolglosigkeit der Bestechungsversuche, die Perfektion oder Nichtperfektion des Vertrages belanglos; bestraft sollte werden, wer einem Wähler ein Geschenk giebt oder verspricht, um dessen Stimme für sich oder einen anderen zu erhalten. Das Thatbestandsmerkmal des Vertrages hat das Reichsstrafgesetzbuch, wie wir gesehen haben, aus dem Code pénal übernommen.[1]) Wenn sich dieser in der Fassung des Art. 113, dem unser § 109 entspricht, vor den partikulären deutschen Strafgesetzbüchern, wie so oft, durch seine schneidige Kürze auszeichnet, so hat er die Möglichkeit, sich kurz zu fassen, hauptsächlich dadurch gewonnen, dass er den Kaufvertrag zum Deliktsmerkmale erhob. So konnte er durch die Worte: „eine Wahlstimme kauft oder verkauft" die wortreiche Fassung der Partikularrechte vermeiden. Darin liegt zweifellos ein Vorzug vor diesen. Ob aber die Rezeption des französischen Rechtes nicht nur formell, sondern auch (was wichtiger ist) materiell einen Fortschritt bedeutete, kann einigermassen zweifelhaft sein.[2])

---

[17]) Im Ergebnisse übereinstimmend Frassati in der Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 459 ff., v. Kries daselbst Bd. 7 S. 547.

[1]) Dessen Übereinstimmung mit dem kanonischen Rechte dürfte in diesem Punkte auf Zufall beruhen; wenigstens vermag ich einen Zusammenhang nicht aufzufinden.

[2]) Übrigens hatte [illegible] schon zur Zeit, als Art 113 des Code nach [illegible] wurde [illegible] eine allgemeine [illegible] [illegible] durch [illegible] abgeändert.

Noch vor Einführung des preussischen Strafgesetzbuches äusserte Mittermaier:[3]) „Es ist auffallend, dass die Staatsmänner des octroyirten Wahlgesetzes nicht bemerkten, dass die Fassung: Stimmen erkauft sehr ungenügend ist", ja sämtliche Bestimmungen des Code über Wahlvergehen seien „ebenso formell schlecht abgefasst als materiell ungenügend."

Gleich nach Einführung des Gesetzbuches verurteilte Beseler[4]) den § 86 in schroffster Weise, und vor Schaffung des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund empfahlen Drenkmann[5]) und Berner,[6]) den Zeitpunkt der Vollendung betreffend, nicht den Code, sondern die Partikularrechte zu berücksichtigen.

Waren diese dem französischen Rechte entgegengebrachten Bedenken gerechtfertigt?

Nach der Fassung des Code begeht A nicht Stimmenkauf, sondern nur den straflosen Versuch desselben, wenn B, der Wähler, der Bestechung unzugänglich oder mit dem von A gebotenen Preise nicht einverstanden ist. Erliegt hingegen B später der Versuchung, oder erhöht A die Bestechungssumme, sodass B nunmehr seine Weigerung aufgiebt und seine Stimme dem A zusagt, so wird durch diese Handlung des B plötzlich A strafbar. Was aber geht, so fragt man, den A der B an? Warum straft das Gesetz den A nur dann, wenn B ebensowenig Ehrgefühl zeigt, wie er selbst? Ist A für den Staat jetzt etwa gefährlicher, ist seine Schuld grösser, als vor Einwilligung des B? — Wie ist man zu dieser gesetzgeberischen Behandlung gekommen?

Der § 109 straft nicht die Handlung des Bestechens an sich; ebensowenig erhebt er den eigentlich gefährlichen Erfolg, die Abgabe der Stimme im Sinne des Bestechenden, zum Thatbestandsmerkmale, sodass nach Reichsrecht Stimmenkauf und -verkauf als Gefährdungs-, nicht als Verletzungsdelikte behandelt sind. Er schlägt vielmehr einen Mittelweg ein und macht den Erfolg des Vertragsabschlusses zur Voraussetzung des Delikts. Warum dies?

---

[3]) Archiv des Kriminalrechts 1849 S. 354 A. 19.

[4]) Komm. über das St.G.B. f. d. preuss. Staaten 1851 S. 250 N. 3: „In unzureichenderer Weise kann wohl kaum durch die Strafgesetzgebung den Wahlbestechungen, denen freilich überhaupt schwer beizukommen ist, entgegengewirkt werden, als durch diese Vorschrift des § 86".

[5]) In Goltdammers Archiv Bd. 17 1869 „Über die Wahlvergehen" S. 178.

[6]) Lehrbuch 5. Aufl. 1871 S. 595.

1. Die blosse Handlung wurde nicht für strafbar erklärt, angeblich weil die Gerichte sich nicht so tief in die Wahlumtriebe einmischen sollten.

2. Der eigentliche Enderfolg, die vom Bestechenden veranlasste Stimmabgabe, wurde vom Reichsstrafgesetzbuche schon darum nicht erfordert, weil sie bei geheimen Wahlen nicht nachgeprüft werden darf.

Aus diesen Erwägungen heraus, hauptsächlich aber wohl seiner formalen Überlegenheit wegen, mag man Art. 113 des Code nachgeahmt haben. Das französische und folgeweise auch das geltende deutsche Recht wird indes dem Zwecke, welchem es dienen soll, nicht gerecht. Derselbe ist ein doppelter: Einmal will der Staat, dass seine Wahlen einen möglichst ungetrübten Spiegel der Volksmeinung abgeben. Dies Ziel wird durch Wahlbestechungen gefährdet, der Staat muss sie daher zu hindern suchen. Diesen Präventivzweck wird er um so vollkommener erreichen, je gewisser dem Einzelnen die auf der That stehende Strafe ist. Die Gefahr gestraft zu werden, ist aber bei uns sehr gering. Wer auf die Suche nach Wahlstimmen geht, sieht zwei Möglichkeiten vor sich. Entweder nämlich geht der Wähler auf die Bestechung nicht ein, dann liegt nur Versuch des Stimmenkaufes vor, der vom Strafgesetzbuche nicht für strafbar erklärt ist, also straffrei ausgeht; oder der Wähler giebt seine Einwilligung, dann ist es sein eigenstes Interesse, dass der Handel nicht ruchbar werde, denn mit dem Bestecher würde er selbst bestraft werden. Sind Dritte nicht zugegen gewesen — und das ist häufig der Fall —, so verlautet in der Regel nichts von der That. Unser Strafgesetzbuch hindert somit weniger die Begehung, als die Bestrafung der Delikte. Was nützt es dann, wenn der § 109, wie es im Reichstage ausgedrückt wurde,[7] „in dem allgemeinen Rechtsboden als eine Warnungstafel“ steht, da sich doch niemand um Warnungstafeln kümmert, deren Drohungen nicht zur Verwirklichung kommen.[8]

Mehr ideell ist der zweite Zweck der Strafdrohung des § 109. Das Gesetz will durch sie

---

[7] Sten. Ber. über die Verhandlungen des Reichstages, 6. Leg.-Per. Sess. II 1885/86 S. 1052.

[8] Auch der Code Art. 113 ist nach Mittermaier a. a. O. „seit vielen Jahren nur einmal angewendet worden“.

„der Immoralität, welche in der Annahme oder in dem Anbieten von Vorteilen für die Ausübung einer staatsbürgerlichen Pflicht oder eines solchen Rechtes liegt, entgegenwirken.“[9]) Aber auch hier wird, wenn einmal die Furcht vor der Strafe die Grundlage moralischen Handelns sein soll, der Trieb zu diesem doch wohl schwerlich verstärkt, wenn man jene Furcht vermindert.

Dass der Vertragsabschluss als Thatbestandsmerkmal ein juristisch unschönes Ergebnis herbeiführt, wird nicht bestritten; auch Schneidler[10]) giebt dies zu, doch dürfe man es insofern „nicht zu sehr bedauern, als die Ausdehnung der Strafbarkeit auf den Versuch bei einer Wahlbewegung eine Unzahl zweifelhafter Anklagen und Denunziationen zu Tage fördern würde.“

Diese Besorgnis, welche von jeher einer jeden Erweiterung des Paragraphen entgegengehalten worden ist, scheint unbegründet. Etwas zweifelhaftes werden Anklagen wegen Stimmenkaufes in der Regel haben, gleichviel ob er vollendet oder nur versucht ist. Die Einwilligung des zu Bestechenden, d. i. das Zustandekommen des Kaufvertrages, wird aber das Sachverhältnis, welches der Anklage zu Grunde liegt, um nichts greifbarer machen, als es vorher war. Im Gegenteil, gerade die Genehmigung des Wählers wird es häufig sein, die nicht klar nachweisbar ist und die Anklage scheitern macht. Zudem sollen ja nicht die Gründe der Strafbarkeit aus § 109 vermehrt, sondern nur die mit denselben Mitteln wie bisher unternommenen Wahlbestechungen auch dann zur Strafe gezogen werden, wenn sie vom Wähler nicht angenommen, also erfolglos geblieben wären.

Auch die Geschichte der Wahlbestechung in zwei Jahrtausenden spricht gegen die Berechtigung jenes Einwurfes, denn weder das römische, noch das gemeine deutsche Recht in seiner älteren und überwiegend auch in seiner jüngeren Periode kannte das Thatbestandsmerkmal der Einwilligung des Wählers.[11]) Ebenso können die praktischen Erfahrungen, welche die deutschen Einzelstaaten in dieser Beziehung gemacht haben, keine schlechten gewesen sein, da gerade hierin immer ein Strafgesetzbuch das andere nach-

---

[9]) Entsch. des Obertribunals bei Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 5 S. 274; Drenkmann a. a. O. S. 178.

[10]) a. a. O. S. 28.

[11]) Anders das kanonische Recht oben S. 21.

geahmt hat, und vor Einführung des norddeutschen Strafgesetzbuches jede Änderung so entschieden widerraten worden ist. So strafen denn auch neuere Gesetze, z. B. das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881,[12]) das italienische Wahlgesetz v. 22. Jan. 1882[13]) und das englische Wahlbestechungsgesetz von 1883[14]) die Wahlbestechung, ohne deren Annahme durch den Wähler in den Thatbestand aufzunehmen.

Mag de lege ferenda die Nachbildung dieser Bestimmungen wünschenswert erscheinen, jedenfalls ist de lege lata eine Bestrafung auf Grund des § 109 erst möglich, wenn der „Kaufvertrag" geschlossen ist. Wann ist dies der Fall?

§ 7.

Der „Kaufvertrag".

Es war im Vorhergehenden mehrmals von einem Kaufvertrage als Thatbestandsmerkmal die Rede. Dabei ist es ziemlich unwichtig, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag — wenn man von den Worten des Gesetzes „kauft oder verkauft" absieht — der Art der Leistungen nach etwa der Dienstmiete oder irgend einem anderen Vertrage nach dem Schema „do ut facias" oder „facio ut facias" mehr entspricht, als einem civilrechtlichen Kaufe. Civilrechtlich kann vom Vorhandensein irgend eines Vertrages ja doch nicht die Rede sein; eine klagbare Forderung auf seiten eines der Kontrahenten ist somit aus demselben nicht abzuleiten,

> „cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint" (l. 4 C. de inutil. stip. VIII, 39).

Civilistisch nichtig, ist der Vertrag strafrechtlich von um so grösserer Wichtigkeit, da von seinem Dasein das der Delikte abhängt.

Wann kann man nun aber von einem „Dasein" des Vertrages in strafrechtlichem Sinne sprechen? Wonach soll man, da das Privatrecht seine Möglichkeit rundweg verneint, entscheiden, ob das Strafrecht ihn als vorhanden ansehen darf?

---

[12]) Art. 126, vgl. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 1.

[13]) Art. 90, vgl. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 3 Beilage I.

[14]) Corrupt and illegalpractices act (46 und 47 Vic. c. 51). An act for the better prevention of corrupt and illegal practices at parliamentary elections.

Man könnte auf den Gedanken kommen, trotz civilrechtlicher Ungiltigkeit Erfüllung aller der Bedingungen zu fordern, welche zur Perfektion eines Vertrages nach Civilrecht gehören.[1]) Doch wohin würde das führen? Angenommen, der Vertrag sei dem Kaufe analog, so wäre ein Preis in Geld als Gegenstand der Leistung des Käufers erforderlich. Oder nehmen wir irgend einen anderen Vertrag an, so dürfte nicht eher verurteilt werden, als bis den Delinquenten nachgewiesen wäre, dass sie die von dem Partikularrechte erforderte Vertragsform, z. B. Schriftlichkeit gewahrt haben. Zweifellos wäre das sinnwidrig und mit Ausserkraftsetzung des Paragraphen identisch.

Theorie und Praxis sind denn auch darüber einig,[2]) dass wohl vielfach die privatrechtlichen Bestimmungen über Verträge Anwendung finden müssen, doch nicht in der scharfen Durchführung des Civilrechtes. In erster Linie muss vielmehr auf Schritt und Tritt der Zweck des § 109 stehen. Dieser ist aber am besten gewahrt, wenn man der Auslegung den Sprachgebrauch des täglichen Lebens in seiner geringeren Schärfe, trotz seiner Verschwommenheit, ja gerade wegen dieser zu Grunde legt.

Für das Zustandekommen jedes Vertrages ist übereinstimmender Wille und gegenseitige Willenserklärung der Kontrahenten nötig. So ist auch der Wahlstimmenkauf erst dann vollendet, wenn die Parteien sich über ihre beiderseitigen Leistungen, soweit wesentlich, geeinigt und die Einigung ausdrücklich oder in konkludenten Handlungen kenntlich gemacht haben.[3]) Indes wird im Einzelfalle oft schwer zu entscheiden sein, ob eine Handlung als konkludent anzusehen ist. Jedenfalls liegt in der stillschweigenden Annahme der Bestechungssumme

---

[1]) Beseler a. a. O. zu § 86: „Es müssen die allgemeinen gesetzlichen Bedingungen des Kaufgeschäftes vorliegen, wenn auf eine Strafe erkannt werden soll“.

[2]) Goltdammer, Materialien 1852 Bd. 2 § 86; v. Schwarze, Komm. zum St.G.B. 5. Aufl. 1884 § 109 Bem. 3 Anm. 1; Geyer, Grundriss zu Vorlesungen 2. Hälfte 1885 S. 134; Hälschner, Das gem. deutsche Strafrecht Bd. 2 1887 S. 787; v. Liszt a. a. O. S. 533 f.; Schneidler a. a. O. S. 25; Olshausen, Komm. zum St.G.B. 4. Aufl. 1892 Bd. 1 N. 1 zu § 109; Entsch. des Ob.-Appell.-Ger. zu Dresden bei Stenglein, Zeitschr. N. F. Bd. 8 1879 S. 105; R. G. a. a. O. VI, 195 f, XVII, 297. Nur Beseler a. a. O. zu § 86 fordert Vorliegen der „allgemeinen gesetzlichen Bedingungen des Kaufgeschäftes“. Vgl. auch Entsch. des Ob.-Trib. in Goltdammers Archiv Bd. 13 S. 58.

[3]) R. G. VI, 195, 196, IX, 198, XVII, 102 u. 297, Olshausen a. a. O. N. 2; v. Liszt a. a. O. S. 534; Merkel, Lehrb. des deutschen Strafrechts 1889 S. 387; Geyer a. a. O. S. 134 und andere.

nicht ohne weiteres auch die Übernahme der Verpflichtung, im Sinne des Bestechenden zu stimmen, also die Annahme der Vertragsofferte.[4]) Ob aber irgend welche Nebenumstände die Annahme der Bestechungssumme als Annahme der Bestechungsofferte erscheinen lassen,[5]) ist quaestio facti.

An eine Form ist der Vertrag nicht gebunden, sonst wäre § 109, wie erwähnt, unanwendbar. Ebensowenig ist Leistung Zug um Zug erforderlich, ja die des Verkäufers kann gar nicht im Augenblick des Vertragsabschlusses erfolgen. Es genügt beiderseits, wenn Erfüllung versprochen ist.[6]) Ob die Parteien hinterher ihre vertragsmässigen Verpflichtungen auch wirklich erfüllt haben, ist gleichfalls gleichgiltig, liegt ja doch auch civilrechtlich ein giltiger Kauf vor, wenn nicht geleistet wird.

Ist zur Perfektion des Vertrages Einigung über die Leistungen der Parteien erforderlich, so darf dies doch nicht so aufgefasst werden, als sei eine bis ins Einzelne gehende Festsetzung der Essentialia, Ware und Preis, nötig. Weder braucht die Person oder der Name des zu Wählenden,[7]) noch andererseits die Höhe der Bestechungssumme im Vertrage bestimmt zu werden. Der Verkäufer braucht sich vielmehr beispielsweise nur verpflichtet zu haben, den noch zu Bezeichnenden oder den für oder gegen die Militärvorlage Eintretenden zu wählen, auch wenn dieser noch gar nicht aufgestellt ist.

Ebenso genügt es in Bezug auf den Preis der Stimme, wenn der Käufer nur verspricht: Wählst Du den X, so kannst Du auf meine Rechnung „ins Wirtshaus gehen“ oder „so erhöhe ich Deinen Lohn“, wiewohl damit über den Betrag der Zeche, die der Käufer zahlen, der Lohnerhöhung, die er gewähren will, also über die Höhe der Be-

---

[4]) Ein Beispiel hierfür liefert der folgende, den stenographischen Reichstagsberichten entnommene Fall (9. Leg.-Per. Sess. II 1893/94 S. 693): „Es hat in S. der Pastor eine Wahlrede gehalten und am Schluss gesagt, es möge sich ein jeder unten im Schanklokal von dem dort aufgelegten Bier heraufholen“. Wenn selbst die Wähler der Aufforderung entsprochen und das Freibier getrunken haben, liegt hier nur Annahme des Bestechungsmittels, hingegen keine Annahme der Bestechung, also kein Stimmenkauf vor.

[5]) So nahm das Ob.-Trib. in dem von Goltdammers Archiv Bd. 21 S. 191 mitgeteilten Falle mit Recht Stimmenkauf an. Vgl. auch R. G. a. a. O. VI, 194.

[6]) Übereinstimmend die gemeine Meinung.

[7]) Entscheidung des Ob.-Trib. bei Stenglein, Zeitschr. N. F. Bd. 2 S. 222; Schneidler a. a. O. S. 26 und andere.

stechungssumme noch nichts festgesetzt ist.[8]) Hingegen genügt es nicht, wenn der Stimmkäufer den Wählern bloss „Aussicht auf die Splendidität des Wahlbewerbers" macht, schon deshalb, weil damit über die Natur des zu gewährenden Vorteiles nichts gesagt ist, dieser also ein ganz legaler sein kann.[9])

Was ist nun also dem „Kaufvertrage" des § 109 wesentlich?

§ 8.

Die Essentialia des „Kaufes".

I. Die Wahlstimme als Gegenstand des Kaufes.

Die Leistung des Verkäufers besteht im Verkaufe einer Wahlstimme. Was ist eine „Wahlstimme" und was bedeutet es: „eine Wahlstimme verkaufen"?

Eine „Wahlstimme" ist, so sagt man, eine Stimme, d. h. ein Stimmrecht bei Wahlen. Abstimmungen irgend welcher Art fallen also nicht unter § 109; denn, so meint Schneidler,[1]) „Wahlstimme" wird

> „auch im freiesten Sprachgebrauch niemals für Abstimmungen sachlicher Art"

verwendet. Auf den Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches trifft diese Auffassung freilich nicht zu. Dasselbe besagt nämlich in § 108:

> „Wer mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder -zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt . . .",

der soll strenger bestraft werden als der mit einer dieser Handlungen nicht beauftragte Wahlfälscher.

Wenn wirklich, wie Schneidler dies behauptet,[2]) „Wahlhandlung" nicht auch „Abstimmungshandlung" in sich schliesst, warum wird dann ausser dem Wahlzettel Sammelnden auch der mit Sammlung von Stimmzetteln Beauftragte strenger bestraft, hat er ja doch mit der Wahlhandlung nach Schneidler nichts zu thun? Schneidler kann nicht entgegnen, Stimm- und Wahlzettel seien ein und dasselbe, § 108 be-

---

[8]) a. M. Beseler a. a. O.: Es sei „eine bestimmte Kaufsumme" nötig, „da nicht einmal die weitere Fassung des Code pénal (à un prix quelconque) wiederholt worden ist".

[9]) Dieser Fall ist den sten. Ber. über die Verhandl. des deutschen Reichstages 8. Leg.-Per. Sess. I 1890/92 S. 775 entnommen. Ein ähnlicher Fall R. G. XVII, 296.

[1]) a. a. O. S. 8.

[2]) Für den gewöhnlichen Sprachgebrauch mit vollem Recht (s. unten).

ziehe sich daher nur auf Wahlen, da er selbst ja John gegenüber — und zwar mit Recht — annimmt, in der Alternative Wahl- oder Stimmzettel, zu wählen oder zu stimmen, sei ein Pleonasmus nicht zu erblicken.[3]) Hiernach ist in § 108 das Wort „Wahlhandlung" nicht in dem engen Sinne, den Schneidler annimmt, zu fassen, es schliesst vielmehr auch Abstimmungen in sich. Bedauerlicherweise aber darf dies Ergebnis auf § 109 nicht übertragen werden. Ist für § 108 die Absicht des Gesetzgebers, Abstimmungen einzuschliessen, anzunehmen und damit auch die Auffassung berechtigt, dass er nur versehentlich die Abstimmungshandlung neben der Wahlhandlung zu nennen verabsäumt hat, so muss doch für die Auslegung des Wortes „Wahlstimme" in § 109 der offenbare Fehler des § 108 ausser Betracht bleiben. „Wahlstimme" schliesst — darin ist Schneidler beizupflichten — selbst im freiesten Sprachgebrauche die bei Abstimmungen sachlicher Art abgegebenen Voten nicht ein, während andererseits allerdings „Abstimmung" als der weitere Begriff anzusehen ist, der auch die Wahlstimmenabgabe in sich schliesst. Damit ergiebt sich die unerfreuliche Folge, dass nach dem Reichsstrafgesetzbuche der Abgeordnete, welcher bei einer Abstimmung sein Stimmrecht verkauft, auf Grund des § 109 nicht verfolgt werden kann.[4])

Wenn der Paragraph den für strafbar erklärt, der „eine Wahlstimme verkauft", so ist doch klar, dass Gegenstand der Veräusserung und des Erwerbes weder die Wahlstimme selbst, noch das Recht des Wählers, zu wählen, sein kann; denn beides ist von dessen Person untrennbar, sondern es ist die Freiheit der Ausübung des Rechtes.[5]) Verkauft also der Wähler seine Wahlstimme, so ist das etwa in dem Sinne gemeint, in welchem der Arbeiter seine Arbeitskraft an den Fabrikanten verkauft. Dieser hat die Ware Arbeitskraft auch nur so erworben, dass er die Richtung ihrer Anwendung innerhalb der vertragsmässigen Schranken bestimmen darf. Wie hier der Verfügung des Erwerbers Schranken

---

[3]) a. a. O. S. 12.

[4]) Dieser Verkauf wäre sonst, obwohl das Immunitätsprivileg von § 11 St.G.B. bezw. Art. 30 der Reichsverfassung sich auch auf Abstimmungen bezieht, verfolgbar, weil der Abgeordnete in unserem Falle nicht wegen seiner Abstimmung, sondern wegen einer von der eigentlichen Abstimmung gänzlich getrennten Handlung, des Verkaufes seiner Stimme, zur Rechenschaft gezogen wird.

[5]) Ob.-App.-Ger. zu Dresden bei Stenglein, Zeitschr. N. F. Bd. 8 S. 105; Hälschner a. a. O. S. 787; besonders scharf Schneidler a. a. O. S. 21.

gesetzt zu sein pflegen, so geht auch beim Verkauf der Stimme nicht die volle Verfügungsfreiheit, in der Regel wenigstens, auf den Käufer über. Nur selten wird der Wähler verpflichtet, sich bei der Wahl ganz nach Belieben des Käufers zu verhalten oder auch nur für jeden Kandidaten zu stimmen, den ihm jener noch bezeichnen werde. In der Mehrzahl der Fälle wird er von vornherein nur für einen bestimmten Bewerber in Pflicht genommen.[6])

Wenn es nicht nötig ist, dass der Käufer nach jeder Richtung hin freie Verfügung über die Stimme erwirbt, so muss es auch genügen, wenn er sich ausbedingt, der Wahlberechtigte solle sich seiner Stimme enthalten. Hier erwirbt der Käufer die Verfügung über den einen Teil der Befugnisse des Wählers, nämlich das dem freien Wahlenthaltungsrechte desselben entsprechende Verbietungsrecht. Hierin sieht die herrschende Meinung[7]) einen Stimmenverkauf nicht. Olshausen begründet dieselbe damit, dass der Käufer

> „dann keine Disposition über die Stimme, sondern gleichsam nur ein „Untersagungsrecht" hat (a. a. O. N. 3 Abs. 1).

Dieses Untersagungsrecht aber ist doch wohl auch eine Dispositionsbefugnis,[8]) ja es bedeutet für den Verpflichteten den vollständigen Verzicht auf die ihm zustehende positive Ausübung des Wahlrechtes,[9]) also eine schwere Einschränkung seiner Wahlfreiheit. Die entgegengesetzte Entscheidung giebt dem Wahlagitator in zahlreichen Fällen ein überaus einfaches Mittel, seinen Zweck, die Wahl eines bestimmten Kandidaten durch Bestechung durchzusetzen, ohne dem § 109 und damit überhaupt einer Strafe anheimzufallen, denn dass es auf das Ergebnis einer Wahl entscheidenden Einfluss haben kann, ob ein Teil der Wähler den X wählt oder sich der Stimme enthält, liegt auf der Hand. Hiesse das Delikt des Wahlagitators nicht Stimmenkauf, sondern Wahlbestechung, so würde man vielleicht weniger Bedenken tragen, die durch ihn erfolgende entgeltliche Beeinflussung der Wähler,

---

[6]) Würde der Käufer ihn hinterher auffordern, nicht den erstbezeichneten A, sondern den B zu wählen, so würde der Wähler ihm mit Recht (soweit hier überhaupt von Recht die Rede sein kann) antworten: Soweit geht dein Verfügungsrecht nicht.

[7]) s. die bei Olshausen a. a. O. N. 3 Citierten.

[8]) So zuerst Schneidler a. a. O. S. 21 f.; jetzt auch Berner a. a. O. in 16. Aufl. S. 340.

[9]) Liegt eine „Ausübung" des Wahlrechtes auch in der Wahlenthaltung? Jedenfalls dann, wenn sie sich in Abgabe eines leeren Wahlzettels äussert, denn diese kann nur auf Grund des Wahlrechtes erfolgen.

nicht zu wählen, als eine Art der Wahlbestechung aufzufassen. Der Begriff des „Stimmenkaufes“ unterscheidet sich aber in dieser Hinsicht von dem der „Wahlbestechung“ selbstverständlich in keiner Weise.

Ein geringer weiterer Schritt ist, dass auch die Verpflichtung des Wählers, nur den Kandidaten X nicht zu wählen, als Stimmenkauf anzusehen ist. Auch durch diese negative Verpflichtung ist der Wähler in der freien Ausübung seines Wahlrechtes erheblich beschränkt, — man denke z. B. an Stichwahlen, bei denen nur die Wahl zwischen den Kandidaten X und Y in Frage kommt.

Ob der Wähler schon vor dem Vertrage in dem von dem Käufer gewünschten Sinne zu stimmen beabsichtigte, oder ob dieser ihn erst zu seiner „Überzeugung“ gebracht hat, ist zwar für die Straffrage von Bedeutung, unerheblich aber für die Schuldfrage.[10]) Entscheidend ist hier nur die Beantwortung der Frage: Kann der Wähler nach Abschluss des Vertrages noch frei wählen? Hat er noch freie Verfügung über seine Stimme? Diese Frage ist zu verneinen. Nur unter Bruch seines Versprechens könnte er jetzt noch seiner schon bei dessen Abgabe abweichenden oder einer nachträglich geänderten Überzeugung durch eine dieser entsprechende Wahl Ausdruck verleihen. Dass aber die Scheu vor dem Wortbruche in dubio die freie Verfügung des Wählers beeinträchtigt, selbst wenn er weiss, dass die Beschränkung des Wahlrechtes dem Gesetze widerstreitet, und dass der Käufer kein Mittel hat, ihn zum Worthalten zu zwingen, ist fraglos. Es besteht hier für den Wähler eine „moralische“ Verpflichtung, ähnlich derjenigen des nur naturaliter, also unklagbar verpflichteten Schuldners. Freilich werden auch Fälle vorkommen, in denen der Wähler diesen Wortbruch nicht scheut, sondern das pretium annimmt und seine Stimme zwar ausdrücklich zusagt, im Stillen aber sich vornimmt, wider sein Versprechen nicht den ihm Bezeichneten, sondern dessen Gegner zu wählen. Der

---

[10]) Die Strafe wird unter Umständen milder zu bemessen sein, wenn der Angeklagte sich etwa damit verteidigt, dass er seit Jahren den ihm vom Stimmkäufer benannten Kandidaten oder für dessen Partei gewählt habe. — Mit Unrecht verlangte das Ob.-App.-Ger. zu Dresden bei Stenglein a. a. O. Bd. 8 S. 105 Übernahme der Verpflichtung seitens des Wählers „ohne Rücksicht auf seine eigene Überzeugung von der Richtigkeit und Zweckmässigkeit dieser Abstimmung“. Der Wähler kann Stimmenverkauf im Sinne des § 109 begehen und doch seiner Überzeugung gemäss Stimmabgabe für den X versprochen haben. Richtig John a. a. O. S. 89 N. 5 und Ob.-Trib. bei Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 5 S. 274 und bei Goltdammer, Archiv Bd. 13 S. 58.

Kaufvertrag ist alsdann im strafrechtlichen Sinne nicht zustande gekommen; weder Stimmenkauf noch Stimmenverkauf liegt daher vor, auf seiten des Käufers vielmehr strafloser Versuch des Stimmenkaufes und auf seiten des Wählers keinenfalls Stimmenverkauf, da ihm der Vorsatz, seine Wahlfreiheit aufzugeben, also der dolus des Stimmverkaufes, bei Abschluss des Vertrages gefehlt hat. Er kann, wenn überhaupt, höchstens aus § 263 St.G.B. belangt werden, falls er nämlich die seinem wahren Willen widersprechende Zusage, den X zu wählen, in der zum Betruge erforderlichen Bereicherungsabsicht abgegeben hat.

Durch diese Berücksichtigung der Mentalreservation lässt sich eine Härte des Gesetzes vermeiden, die darin liegt, dass es auf die Abhängigkeit des Bestochenen vom Bestechenden keine Rücksicht nimmt.[11]) Wird erwiesen, dass der Wähler zwar, der Not gehorchend, seinem Fabrikherren oder Gläubiger das Versprechen, den X zu wählen, gegeben, dabei aber nicht daran gedacht habe, es zu halten, so ist er freizusprechen.

Das Gleiche gilt, wenn ersichtlich ist, dass er nicht ernstlich, sondern im Scherze, etwa um den Bestechenden zum Besten zu haben, jene Zusage abgegeben hat. Auch in diesem Falle würde der erforderliche dolus fehlen.

II. Der Entgelt für die Stimme.

Wenn ein Kandidat in einer Wahlrede für Schutzzölle einzutreten verspricht, und daraufhin zahlreiche Wähler ihm ihre Stimme zusagen, so hat er durch Versprechungen Wahlstimmen gewonnen, und doch wird man ihn nicht wegen Stimmenkaufes, die Wähler nicht wegen Stimmenverkaufes belangen wollen. Offenbar ist die Art der den Wählern gemachten Versprechungen hierfür entscheidend. Welcher Art die gebotenen Vorteile sein müssen, um sich als „Kaufpreis“ im Sinne des § 109 darzustellen, darüber gehen die Meinungen allerdings weit auseinander. Unbestreitbar sind zunächst folgende Punkte:

1. Die Gegenleistung des Käufers, der Kaufpreis, braucht nicht in Geld zu bestehen.[12])

2. Das pretium darf nicht in erster Linie dem öffentlichen Wohle und nur mittelbar dem Einzelnen als Glied der Gesamtheit zu dienen

---

[11]) In dieser Hinsicht ist der Schutz der §§ 52, 54, 240, 339 St.G.B. ungenügend.

[12]) a. M. allein Beseler a. a. O. S. 250. Vergl. bezüglich des Folgenden Schneidler S. 22 ff.

bestimmt sein, wenn es den Thatbestand des § 109 erfüllen soll. Das pretium muss zuvörderst Privatinteressen dienen.

Verspricht ein Kandidat für den Fall seiner Wahl die Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung, so ist dies nicht als verbotenes pretium anzusehen, aber nicht, wie Schneidler[13]) behauptet, weil der Wähler selbst indirekt den Kaufpreis nicht erhält, also kein materielles Privatinteresse an der Leistung hat (denn beides kann sehr wohl der Fall sein), sondern weil die Stiftung zunächst dem öffentlichen Wohle zu dienen bestimmt ist, nur mittelbar dem einzelnen bestochenen Wähler Nutzen bringt. Hingegen handelt es sich, wenn ein Kandidat im Falle seiner Wahl höhere Löhne in seiner Fabrik zu zahlen verspricht, zwar vielleicht um die Interessen Tausender, aber doch immer nur um Privatinteressen. Dieses pretium würde daher Strafbarkeit begründen. Im Einzelfalle wird die Grenze oft schwer zu ziehen sein; [14]) doch ist — die Bestechungsabsicht vorausgesetzt — eine extensive Auslegung am Platze.

3. Der Kaufpreis braucht nicht aus den Mitteln des Stimmenkäufers zu stammen.[15]) Daher trifft § 109 auch den Agitator, der mit dem Gelde eines Kandidaten oder eines Wahlkomités Stimmen kauft.

4. Der Kaufpreis braucht weder vom Käufer selbst, noch an den Verkäufer selbst ausgezahlt zu werden. Vermittelung der Zahlung und der Empfangnahme ist vielmehr zulässig, ohne dass die Anwendbarkeit des Paragraphen entfiele. Der Vermittler kann dabei als Gehilfe strafbar sein. Als Mittelsperson der Annahme nannten die deutschen Partikularrechte[16]) vielfach ausdrücklich Familienangehörige des Wählers; das hessische St.G.B. verbot ganz allgemein, „mittel- oder unmittelbar“ Bestechungen entgegenzunehmen. Mit Recht hat das R.St.G.B. jeden derartigen Zusatz als überflüssig weggelassen.

5. Die Leistung des Käufers darf nicht in dem Versprechen einer Handlung oder Unterlassung bestehen, zu welcher der Kandidat im

---

[13]) a. a. O. S. 24.

[14]) z. B. in dem von den Reichstagsberichten 8. Leg.-Per. Sess. I. 1890/92 S. 774 mitgeteilten Falle. Der Kandidat sollte einer Synagogengemeinde seines Wahlkreises kurz vor dem Tage der Wahl zwei silberne Leuchter geschenkt haben. Selbst den dolus des Stimmenkaufes vorausgesetzt, wäre dies kein durch § 109 unter Strafe gestelltes pretium; denn jenes Geschenk hatte in erster Linie einen der betreffenden öffentlichen Korporation zugedachten Vorteil zum Gegenstande.

[15]) R. G. a. a. O. XVII, 296.

[16]) z. B. St.G.B. für Württemberg Art. 160, Braunschweig § 113.

Falle und kraft seiner Wahl berechtigt[17]) ist; andernfalls liegt ein Delikt nicht vor, so in dem erwähnten Falle, in welchem der Kandidat für Schutzzölle einzutreten verspricht.

6. Die Gegenleistung des Käufers muss die von ihm vorhergesehene Folge gehabt haben, den Wähler zur Abgabe des Versprechens zu bestimmen. Der Käufer muss mit Vorsatz,[18]) und zwar mit dem Vorsatze des Stimmenkaufes, und mit dem entsprechenden Erfolge handeln. Die Abgabe des Versprechens muss andererseits auf die Ursache, Gegenleistung des Käufers zurückgehen: Die Leistungen beider Teile müssen einander kausal bedingen.

7. Gleichgiltig ist, ob der Käufer die Absicht der Beeinflussung gehabt hat, wenn er nur deren Bewusstsein hatte, d. h. wenn er seine Leistung bewusstermassen in einer Art und Weise versprach, dass der andere die Absicht der Beeinflussung annahm und annehmen musste.

8. Ebenso gleichgiltig ist, ob das Leistungsversprechen des Käufers ernst gemeint war oder nicht, wenn er es nur vorsätzlich so ernst abgab, dass der Wähler die Absicht der Erfüllung annahm und annehmen musste. Scheinbar liegt zwischen diesem Erfordernis bloss relativ ernster Absicht auf seiten des Käufers und dem oben aufgestellten absoluter Ernstlichkeit auf seiten des Verkäufers ein Widerspruch vor. Derselbe löst sich indes leicht dahin: Der Verkäufer wird bestraft, weil er sich hat beeinflussen lassen; war sein Versprechen, den X zu wählen, nicht ernst gemeint, so hat er sich nicht beeinflussen lassen, ist also nicht strafbar. Der Käufer hingegen wird bestraft, weil er vorsätzlich beeinflusst hat. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn er die Erfüllungsabsicht bewusst simuliert und durch diese Simulation den anderen zur Abgabe jener Zusage bewusst veranlasst hat.

Im Übrigen ist dieser Fall scharf von dem oben behandelten zu scheiden, in welchem der Käufer den ernst abgeschlossenen Vertrag seinerseits nachträglich nicht erfüllt.

Bis hierher ist ein Zweifel nicht wohl möglich. Nun aber zu den Streitfragen:

---

[17]) nicht bloss thatsächlich fähig. Schneidler S. 25.

[18]) Ein Delikt des — an sich denkbaren — fahrlässigen Stimmenkaufes kennt das R.St.G.B. berechtigtermassen nicht.

Schneidler will im blossen Ersatze der Reisekosten —

„soweit nicht, wie meist, in diesem Ersatz eine darüber hinausgehende Belohnung latent ist" —,

das heisst in der blossen Schadloshaltung des Wählers für die Kosten der Fahrt vom Wohn- zum Wahlorte und für die sonstigen etwa notwendigen Auslagen bei Ausübung des Wahlrechtes keine strafbare Leistung sehen.[19]) Er begründet dies so:

„Der Käufer verpflichtet sich einen Ersatz zu gewähren, aber nicht für die Abstimmung, sondern einzig und allein für die vollführte Reise. Die Verpflichtung, abzustimmen, wird also ohne Entgelt übernommen und ist daher straflos,"

mit anderen Worten: Reisekostenersatz und Abstimmung seien nicht Leistung und Gegenleistung.

Dieser Fall kann zwar, wird aber fast nie eintreten.

Wer einen anderen auf seine Rechnung nach dem Wahlorte fahren lässt, will in der Regel, dass der andere auch wähle, nicht bloss hin- und zurückreise. In diesem Sinne nimmt auch der Wähler das Geld. Im blossen Ersatze der Reisekosten liegt also nicht nur möglicherweise, sondern in der Regel die Gegenleistung nicht dafür, dass der andere reist, daran liegt dem ersten gar nichts, — sondern dass er reist und abstimmt. Geht der Wähler hierauf ein, so hat er die volle, freie Verfügung über seine Stimme nicht mehr: Er muss jetzt wählen, während er vorher sich auch der Wahl enthalten durfte. Die Frage: Worin besteht die Leistung des „Käufers"? welche sich dahin beantwortet: Im Ersatze der Reisekosten, ist also zu trennen von der weiteren Frage: Wofür leistet der Käufer? auf die die Antwort lautet: Für Reise und Abstimmung. Eine Beeinflussung und Beeinflussbarkeit (besser ein Beeinflusstsein) gegen Entgelt liegt also vor. Fraglich ist nur, ob dieselbe unter § 109 fallen, also strafbar sein soll.

Es ist doch wahrlich kein Unrecht, eher ein Verdienst, jemandem die Mittel zur Ausübung des Wahlrechtes zu gewähren. Soll dies als Stimmenkauf bestraft werden?

Wenn wirklich nur das ideelle, ja idealistische Interesse, von dem soeben die Rede war, den Betreffenden zu der Schadloshaltung des Wählers bestimmt hat, so kann jener dafür nicht gestraft werden. Der

---

[19]) a. M. R. G. a. a. O. XI, 218; Olshausen a. a. O. N. 4 Abs. 2.

Wähler ist allerdings nunmehr nicht bloss wahlberechtigt, sondern wahlverpflichtet, insofern also in der freien Ausübung seines Wahlrechtes beschränkt. Diese Beschränkung ist aber eine so unwesentliche, dass von Stimmenkauf bei ihr nicht die Rede sein kann. Können ja doch auch sonst Beeinflussungen vorkommen, die zwar entgeltlich, aber zu unbedeutend sind, um unter § 109 zu fallen. Wird man z. B. den A. strafen wollen, der den Wähler B., einen vergesslichen Menschen, durch Gewährung eines Trinkgeldes zu dem Versprechen veranlasste, vor 12 Uhr mittags zur Wahl zu gehen?

In der Praxis aber wird eine Reisevergütung nur demjenigen Wähler gewährt werden, der, wie der Geber annimmt, für dessen eigenen Kandidaten stimmen wird. Dann kann — muss aber nicht — die Reisevergütung die Gegenleistung für Abstimmung im Sinne des Vergütenden sein. Lässt sich diese Absicht der Beeinflussung, der Bestechung auf seiten des Gebers und ihrer Annahme auf seiten des Wählers erweisen,[20]) so ist die Reisevergütung reiner Kaufpreis, und das ganze Geschäft, die sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt, Stimmenkauf, so dass hier nicht die Art des Entgeltes, also die Leistung des Käufers, sondern die vom Wähler dafür übernommene Verpflichtung, also dessen Leistung, den Ausschlag giebt.

Was von Reisevergütungen gesagt ist, gilt auch vom Ersatze entgangenen Arbeitslohnes, von Gewährung freien Logis oder freier Verpflegung der Wähler am Wahlorte, von deren Entschädigung für „ihre Versäumnis“,[21]) von der Weiterzahlung des vollen Tagelohnes ohne Abzug der bei der Wahl verlorenen Stunden u. s. w. Im allgemeinen braucht das pretium das Vermögen des Verkäufers nicht positiv zu vergrössern, sondern nur eine Verminderung zu hindern, die dasselbe sonst bei dieser Art der Ausübung des Wahlrechtes erfahren hätte. Es genügt, um es so auszudrücken, ein damnum cessans, nicht bloss ein lucrum emergens, um § 109 anwendbar zu machen.[22])

---

[20]) Diesen Fall meint Olshausen a. a. O. N. 4 Abs. 2, vgl. auch Erk. des bair. Kassationshofes bei Stenglein, Zeitschrift N. F. Bd. 7 S. 38.

[21]) So in dem Falle bei Stenglein N. F. Bd. 2 S. 221.

[22]) Die Bedrohung des Wählers mit Nachteilen für den Fall einer bestimmten Ausübung seines Wahlrechtes ist, wiewohl auch hier dem im Sinne des Bestechers Wählenden ein Vorteil vor dem anders Wählenden versprochen wird, nicht Stimmenkauf, sondern eine Abart der Wahlverhinderung des § 107. Der vom Abg. Rintelen u. Gen. beantragte § 109a hätte deshalb seinen Platz besser hinter § 107 als § 107a. Derselbe sollte folgende Fassung erhalten (sten. Reichstagsbericht

Wie kann dieses lucrum beziehungsweise dieses damnum nun aber beschaffen sein?

Dass es zu weit geht, wenn sich Drenkmann[23]) mit „Vorteilen jeder Art", v. Liszt[24]) mit „Vorteilen irgend welcher Art", John[25]) mit „Erlangung äusserer Vorteile" begnügt, ist nach dem Gesagten klar. Auch „Geld oder andere Vorteile"[26]) und die Definition des Reichsgerichtes,[27]) es sei „irgend ein das Privatinteresse des Wahlberechtigten berührendes Entgelt" erforderlich, schliesst Fälle ein, in denen niemand § 109 für angebracht halten würde. — v. Meyer[28]) schliesst andererseits alle nicht materiellen Vorteile aus, ebenso das Reichsgericht[29]) und Olshausen.[30]) In noch engerer Fassung will Schneidler[31]) nicht einmal alle materiellen, sondern nur „solche Vorteile, welche direkt die Vermögenslage eines Menschen verbessern", berücksichtigen. Ebenso in 15. Aufl. Berner,[32]) St.G.B. für Hessen v. 1841,[33]) für Baden von 1845[34]) und Goltdammer.[35]) Den Grund für Ausschliessung aller Vorteile, die keinen Vermögenswert haben, sieht Schneidler[36]) in den gesetzlichen Worten: „kauft" und „verkauft", welche stets

„die Bezugnahme auf das pekuniäre Element"

enthalten.

---

6. Leg.-Per. Sess. IV 1886/87): „Ein Arbeitgeber oder Angestellter eines Arbeitgebers, welcher einen als Arbeitnehmer in Lohn desselben stehenden Deutschen wegen Ausübung oder Nichtausübung öffentlicher Wahl- oder Stimmrechte in bestimmter Richtung aus der Arbeit entlässt oder im Arbeitsverdienst verkürzt oder mit solchen Massregeln bedroht, wird mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft".

[23]) a. a. O. S. 178.

[24]) a. a. O. S. 534.

[25]) In Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 3 1872 S. 88.

[26]) So der erste Entwurf zum St.G.B. f. d. norddeutschen Bund und Berner, Lehrbuch noch in 14. Auflage.

[27]) a. a. O. VI, 196.

[28]) a. a. O. S. 655.

[29]) a. a. O. XVII, 297.

[30]) a. a. O. N. 4 Abs. 1.

[31]) a. a. O. S. 23.

[32]) a. a. O. S. 374.

[33]) Art. 202.

[34]) § 711.

[35]) Materialien Bd. 2 S. 106.

[36]) a. a. O. S. 23.

Wähler ist allerdings nunmehr nicht bloss wahlberechtigt, sonder wahlverpflichtet, insofern also in der freien Ausübung seines Wah rechtes beschränkt. Diese Beschränkung ist aber eine so unwesentlich dass von Stimmenkauf bei ihr nicht die Rede sein kann. Können : doch auch sonst Beeinflussungen vorkommen, die zwar entgeltlich, ab zu unbedeutend sind, um unter § 109 zu fallen. Wird man z.] den A. strafen wollen, der den Wähler B., einen vergesslichen Mensche durch Gewährung eines Trinkgeldes zu dem Versprechen veranlasst vor 12 Uhr mittags zur Wahl zu gehen?

In der Praxis aber wird eine Reisevergütung nur demjenig Wähler gewährt werden, der, wie der Geber annimmt, für desse eigenen Kandidaten stimmen wird. Dann kann — muss aber nicht - die Reisevergütung die Gegenleistung für Abstimmung im Sinne d Vergütenden sein. Lässt sich diese Absicht der Beeinflussung, d Bestechung auf seiten des Gebers und ihrer Annahme auf seiten d Wählers erweisen,[20]) so ist die Reisevergütung reiner Kaufpreis, u das ganze Geschäft, die sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt, Stimme kauf, so dass hier nicht die Art des Entgeltes, also die Leistung d Käufers, sondern die vom Wähler dafür übernommene Verpflichtun also dessen Leistung, den Ausschlag giebt.

Was von Reisevergütungen gesagt ist, gilt auch vom Ersatze en gangenen Arbeitslohnes, von Gewährung freien Logis oder freier Ve pflegung der Wähler am Wahlorte, von deren Entschädigung für „ih Versäumnis“,[21]) von der Weiterzahlung des vollen Tagelohnes oh Abzug der bei der Wahl verlorenen Stunden u. s. w. Im allgemein braucht das pretium das Vermögen des Verkäufers nicht positiv : vergrössern, sondern nur eine Verminderung zu hindern, die da selbe sonst bei dieser Art der Ausübung des Wahlrechtes erfahren hät Es genügt, um es so auszudrücken, ein damnum cessans, nicht blo ein lucrum emergens, um § 109 anwendbar zu machen.[22])

---

[20]) Diesen Fall meint Olshausen a. a. O. N. 4 Abs. 2, vgl. auch Erk. d bair. Kassationshofes bei Stenglein, Zeitschrift N. F. Bd. 7 S. 38.

[21]) So in dem Falle bei Stenglein N. F. Bd. 2 S. 221.

[22]) Die Bedrohung des Wählers mit Nachteilen für den Fall einer bestimmt Ausübung seines Wahlrechtes ist, wiewohl auch hier dem im Sinne des I stechers Wählenden ein Vorteil vor dem anders Wählenden versprochen wi nicht Stimmenkauf, sondern eine Abart der Wahlverhinderung des § 107. Der v Abg. Rintelen u. Gen. beantragte § 109a hätte deshalb seinen Platz besser hin § 107 als § 107a. Derselbe sollte folgende Fassung erhalten (sten. Reichstagsberi

Wie kann dieses lucrum beziehungsweise dieses damnum nun aber beschaffen sein?

Dass es zu weit geht, wenn sich Drenkmann[23]) mit „Vorteilen jeder Art", v. Liszt[24]) mit „Vorteilen irgend welcher Art", John[25]) mit „Erlangung äusserer Vorteile" begnügt, ist nach dem Gesagten klar. Auch „Geld oder andere Vorteile"[26]) und die Definition des Reichsgerichtes,[27]) es sei „irgend ein das Privatinteresse des Wahlberechtigten berührendes Entgelt" erforderlich, schliesst Fälle ein, in denen niemand § 109 für angebracht halten würde. — v. Meyer[28]) schliesst andererseits alle nicht materiellen Vorteile aus, ebenso das Reichsgericht[29]) und Olshausen.[30]) In noch engerer Fassung will Schneidler[31]) nicht einmal alle materiellen, sondern nur „solche Vorteile, welche direkt die Vermögenslage eines Menschen verbessern", berücksichtigen. Ebenso in 15. Aufl. Berner,[32]) St.G.B. für Hessen v. 1841,[33]) für Baden von 1845[34]) und Goltdammer.[35]) Den Grund für Ausschliessung aller Vorteile, die keinen Vermögenswert haben, sieht Schneidler[36]) in den gesetzlichen Worten: „kauft" und „verkauft", welche stets

„die Bezugnahme auf das pekuniäre Element"

enthalten.

6. Leg.-Per. Sess. IV 1886/87): „Ein Arbeitgeber oder Angestellter eines Arbeitgebers, welcher einen als Arbeitnehmer in Lohn desselben stehenden Deutschen wegen Ausübung oder Nichtausübung öffentlicher Wahl- oder Stimmrechte in bestimmter Richtung aus der Arbeit entlässt oder im Arbeitsverdienst verkürzt oder mit solchen Massregeln bedroht, wird mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft".

[23]) a. a. O. S. 178.

[24]) a. a. O. S. 534.

[25]) In Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 3 1872 S. 88.

[26]) So der erste Entwurf zum St.G.B. f. d. norddeutschen Bund und Berner, Lehrbuch noch in 14. Auflage.

[27]) a. a. O. VI, 196.

[28]) a. a. O. S. 655.

[29]) a. a. O. XVII, 297.

[30]) a. a. O. N. 4 Abs. 1.

[31]) a. a. O. S. 23.

[32]) a. a. O. S. 374.

[33]) Art. 202.

[34]) § 711.

[35]) Materialien Bd. 2 S. 106.

[36]) a. a. O. S. 23.

Waren die zuerst wiedergegebenen Auffassungen zu allgemein und unzulässig weit, so ist andererseits der Ausschluss nicht vermögenswerter Vorteile [37]) ebenso unberechtigt, wie der von immateriellen.[38])

In diesem Sinne hatte schon das kanonische Recht, wie wir gesehen haben,[39]) ausser dem munus a manu, also Vermögenswerten, auch das munus a lingua, d. h. Begünstigung oder Förderung des Wählers durch den Bestechenden und selbst das munus ab obsequio — Unterordnung unter den Wähler —, also durchaus immaterielle Güter als unerlaubte angesehen. Und auch im Partikularrechte fand sich unter den Gesetzen wie unter den Kommentaren die Auffassung vertreten, dass mit dem Verbote der Bestechung durch Geld und Geldeswert nicht genug gethan sei.[40])

Was das geltende Recht betrifft, so schliesst der gesetzliche Ausdruck: „Kaufen" durchaus nicht immer „das pekuniäre Element" in sich, vorausgesetzt, dass auch bei Auslegung dieses Begriffes der freie Sprachgebrauch des täglichen Lebens zu Grunde gelegt wird. Diesem zufolge ist „kaufen" gleich „entgeltlich erwerben", sodass jedes Entgelt, nicht blos ein vermögenswertes mit dem Begriffe vereinbar ist.

Es wird aber weiter geltend gemacht, selbst wenn dies richtig wäre, sollte eine so weite Ausdehnung des Begriffes schon darum vermieden werden, weil unter ihr leicht die Rechtssicherheit leiden könnte,

> „namentlich in Anbetracht der so mannigfachen Versprechungen, welche den Wählern gemacht werden".[41])

So unbedingt zuzugeben ist, dass der Staat und seine Gerichte sich nicht zu tief gerade in Wahlumtriebe einmischen sollen, so darf

---

[37]) Dass unter den Vermögensvorteilen Geld und Geldeswert gleichzustellen sind, ist unbestritten. In der That bildet die Bewirtung der Wähler, sei es wie in Rom durch Gastmähler (oben S. 12) oder Spiele, sei es durch Freibier, das bei unsern Wahlen unter den Bestechungsmitteln eine grosse Rolle spielt, praktisch die wichtigste Form der Bestechung.

[38]) Weis, Komm. zum St.G.B. für Baiern von 1861 S. 385: „. . Im früheren Entwurfe war statt „Vorteil" der engere Ausdruck „Vermögensvorteil" gebraucht. Man wählte aber absichtlich den weiteren Ausdruck „Vorteil", weil man bezüglich der Mittel der Bestechung keinerlei Beschränkungen eintreten lassen wollte". Gleicher Meinung Geyer a. a. O.

[39]) Oben S. 21.

[40]) Oben S. 32 f.

[41]) Schneidler a. a. O. S. 23.

gleichwohl das Strafgesetz, wenn es sich einmal einmischt, nicht ohne inneren Grund vor gewissen Bestechungsmitteln Halt machen. Straft es den, der für seine Stimme ein Glas Bier oder fünfzig Pfennige nimmt, so darf der erst recht nicht frei ausgehen, welcher, um einen höheren Rang, einen Titel, oder Orden oder genauer, um jemandes Verwendung zur Erreichung eines solchen Zweckes[42]) zu erlangen, seine Überzeugung verkauft. Er ist in der Regel weit mehr, als jene Erstgenannten in der Lage, das Unwürdige des Stimmenhandels zu erkennen. Und dass, wer für seine Stimme die Aussicht auf einen Titel eintauscht, nicht um ein Haar besser ist, als wer bar Geld dafür nimmt, wird nicht fraglich sein.

Die Garantie gegen eine übermässige Anwendung des § 109 muss in den zahlreichen oben genannten Merkmalen des pretium liegen, nicht aber in einer materiell ungerechten, selbst formell nicht begründeten Begriffsbeschränkung. Auch nach französischem Recht, sowohl dem des Code von 1810, wie dem eines Dekrets von 1852 kann das Entgelt in Werten irgend welcher Art bestehen.[43])

„Ainsi, sagen Chauveau et Hélie[44]), une place, une faveur promise pourrait être considérée comme le prix du vote: la condition du délit est que l'électeur ait fait trafic de son droit de suffrage".

Dem ist durchaus beizupflichten.

§ 9.

Die Subjekte der Delikte des § 109.

Ist nunmehr festgestellt, worin die beiderseitigen Leistungen bestehen können, so ist danach unschwer zu bestimmen, wer diese Leistungen erbringen, wer also Subjekt eines der Vergehen des § 109 sein kann.

I. Verkäufer einer Wahlstimme kann nur sein, wer die Verfügung über Ausübung eines Wahlrechtes hat. Dies ist im Normalfalle der Wahlberechtigte selbst; möglicherweise aber auch, wer seinerseits einem Dritten die Wahlstimme abgekauft oder auf andere

---

[42]) Also ein munus a lingua im Sinne des kanonischen Rechtes.

[43]) Jener sprach von „un prix quelconque", also um nichts bestimmter als § 109, dieses von Geld (deniers), Vermögenswerten (effets) oder irgend welchen sonstigen Werten (ou valeurs quelconques).

[44]) Théorie du code pénal 4. éd. 2. Bd. 1863 S. 191.

Weise die Verfügung darüber erlangt hat, ein denkbarer, wenn auch selten vorkommender Fall.[1]) Dieser Dritte kann wiederum seine oder eine fremde Wahlstimme verkauft haben.

Der bezahlte Wahlagitator ist in dieser seiner Eigenschaft straflos, da er seinem Mandanten nur die Bemühung zur Gewinnung von Stimmen (eventuell durch Geld), nicht aber diese Stimmen selbst verkauft. Der Anstellungsvertrag wäre deshalb, civilistisch ausgedrückt, nicht Kauf, sondern locatio conductio operarum. Soll der Agitator dem Vertrage nach Stimmen kaufen, so würden seine Auftraggeber möglicherweise als Anstifter strafbar werden können.

II. Käufer einer Wahlstimme kann jeder Mensch sein, nicht bloss ein Kandidat. Zahlt jemand den zum Kaufe einer Wahlstimme bestimmten Kaufpreis an einen vermeintlich Wahlberechtigten, der dies in Wahrheit nicht ist (z. B. an einen öffentlichen Almosenempfänger),[2]) so liegt Versuch des Stimmenkaufes am untauglichen Objekte vor, eventuell auf Seiten des Empfängers Betrug.

Ob der Verkäufer oder Käufer Inländer oder Ausländer ist, kommt nach § 3 St.G.B. nicht in Betracht, sofern die strafbaren Handlungen im Gebiete des deutschen Reiches begangen sind.

Sind sie hingegen im Auslande begangen, so kann der Thäter nur, wenn er Inländer ist, im Inlande strafrechtlich verfolgt werden,[3]) vorausgesetzt, dass die Handlungen am Begehungsorte mit Strafe bedroht und nach unsern Gesetzen Verbrechen oder Vergehen sind. (§ 4 Nr. 3 St.G.B.) Es ist dabei zu unterscheiden:

1) Der im Auslande von einem Deutschen begangene Stimmenkauf oder -verkauf bezüglich inländischer Wahlen. Dieser ist nach unsern Gesetzen ein Vergehen, würde folglich, wenn er am ausländischen Begehungsorte gleichfalls mit Strafe bedroht sein sollte, bei uns strafbar sein.

---

[1]) Art. 38 des Dekrets vom 2. Februar 1852 erwähnt diesen Fall ausdrücklich: „quiconque aura donné . . . des deniers . ., sous da condition soit de donner ou de procurer un suffrage“.

[2]) Diesem ist das Wahlrecht nicht nur der Ausübung nach, sondern auch quoad jus entzogen. Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, 2. Aufl. im Handbuch des öffentl. Rechts 1894 II, 1 S. 51. Im Übrigen ist dieser staatsrechtliche Unterschied der Entziehung quoad jus und quoad usum für uns nicht am Platze.

[3]) Der Ausländer nur, wenn er zwischen Begehung und Verfolgung der That Deutscher geworden ist, und die zuständige ausländische Behörde seine Verfolgung beantragt. § 4 N. 3 A. 2 St.G.B.

2) Der auf ausländische Wahlen bezügliche Stimmenkauf oder -verkauf eines Deutschen.[4]) Dieser wird nach den Gesetzen des Ortes, an welchem er begangen ist, meist strafbar sein. Fraglich aber ist, ob er bei uns als Vergehen gegen § 109 anzusehen, oder ob dieser nur auf inländische Wahlen anzuwenden ist. Nimmt man letzteres an,[5]) so ist eine strafrechtliche Verfolgung bei uns ausgeschlossen. Nimmt man hingegen an, dass § 109 auch ausländische Wahlen in seinen Kreis zieht,[6]) so vermeidet man dadurch das kriminalpolitisch bedenkliche Ergebnis der gegenteiligen Auffassung, dass nämlich auch die auf deutschem Boden, aber gegen ausländische Wahlen in noch so schamloser Weise unternommenen Wahlbestechungen bei uns ungestraft bleiben müssten.[7])

Die Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne kann dahin gestellt bleiben; sie hängt von der Stellung ab, die man gegenüber der umfassenderen Frage einnimmt, ob durch das inländische Strafgesetz ausländische Staatseinrichtungen im allgemeinen geschützt sind oder nicht. Mag die Entscheidung in letzterem Sinne engherzig scheinen, jedenfalls entspricht sie u. E. den Absichten der Verfasser des Reichsstrafgesetzbuches und der zur Zeit noch bestehenden Abgeschlossenheit der Staaten unter einander. Die gegenteilige Auffassung mag für völkerrechtliche Zukunftszustände vielleicht berechtigt sein, sie führt aber de lege lata zu dem schiefen Ergebnisse, dass Stimmenkäufe bezüglich ausländischer Wahlen bei uns nicht die Auslieferung, wohl aber die Bestrafung des Delinquenten zur Folge haben würden.[8])

§ 10.

Wahlen in einer öffentlichen Angelegenheit.

„Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft,“ wird nach § 109 bestraft. Die Wahlen, bei denen die Delikte stattfinden, müssen also „in einer öffentlichen Angelegenheit“ vorgenommen sein. Dieses Thatbestandsmerkmal ent-

---

[4]) Dass derselbe praktisch möglich ist, s. Schneidler a. a. O. S. 1 ff.

[5]) So Olshausen a. a. O. N. 1 zu Abschnitt 6 des St.G.B.

[6]) So Schneidler a. a. O. S. 2 f.

[7]) Vgl. hierzu Lammasch, Das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen 1884 S. 7 ff.

[8]) Praktisch würde auch oft schwer zu sagen sein, ob die ausländische Wahl im Sinne unseres § 109 „in einer öffentlichen Angelegenheit“ stattfindet.

hielt weder das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, noch dessen Vorbild, der Code. Erst der erste Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund nahm dasselbe auf, leider ohne sich über den Grund und die Bedeutung des Zusatzes auszulassen. Es fehlt infolge dessen nunmehr an jedem sicheren Anhalte für die Beantwortung der Frage: Warum spricht § 109 — und der ihm vorangehende § 108 — von Wahlen „in einer öffentlichen Angelegenheit", während § 107 sich auf Wahlen bezieht, bei welchen man „in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte" wählt, und während doch auch die Überschrift des 5. Abschnittes nur von diesen spricht? Wie verhalten sich die beiden Klassen von Wahlen zu einander? Sind sie identisch? oder ist eine von ihnen die umfassendere, und was umfassen sie dann?

In welchem Sinne die Antworten auch ausfallen, jedenfalls ist die Fassung der §§ 107—109 St.G.B. mangelhaft zu nennen. Sind die von ihnen geschützten Wahlen die gleichen, so war der Zusatz „in einer öffentlichen Angelegenheit" irreleitend; sind sie nicht die gleichen, so ist die Bezeichnung zu verschwommen, um Meinungsverschiedenheiten den Boden zu entziehen.

Die Literatur beantwortet die Frage, ob die §§ 108 und 109 die gleichen Wahlen wie § 107 zum Gegenstande haben, verschieden.[1]) Für ihre Verneinung wird geltend gemacht, dass die §§ 84—86 des St.G.B. f. d. preussischen Staaten in Theorie und Praxis auf ein und dieselben Wahlen, nämlich auf die bezogen worden seien, bei denen in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte gewählt werde. Dies sei angenommen worden, obgleich nur § 84 ausdrücklich von diesen Wahlen gesprochen habe, die §§ 85 und 86 hingegen den Kreis nicht genauer angegeben haben, auf den sie sich erstrecken wollten. Hätte nun das norddeutsche St.G.B. durch die entsprechenden Paragraphen 107—109 gleichfalls ein und dieselben Wahlen treffen wollen, so wäre es unbegreiflich, warum es den §§ 108 und 109 den Zusatz „in einer öffentlichen Angelegenheit" gab, den § 107 aber unverändert liess. Die blosse That-

[1]) Die Identität nehmen u. a. an R. G. a. a. O. VII, 224 ff., Geyer a. a O. S. 133; Berner a. a. O. S. 372; v. Liszt a. a. O. S. 532; v. Meyer a. a. O. S. 654; die Verschiedenheit der Wahlen vertreten u. a. Olshausen a. a. O. N. 1 zu § 107; Dochow a. a. O.; Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht Bd. 2 1887 S. 783; John in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 3 S. 85.

sache, dass ein Zusatz gemacht worden sei, und die Verschiedenheit der auf den Kreis der Wahlen bezüglichen Ausdrücke in § 107 einerseits, §§ 108 und 109 andererseits beweise, dass diese beiden Paragraphen andere Wahlen hätten treffen sollen, als § 107.

Es ist nun zwar richtig, dass man allgemein unter der Herrschaft des preussischen Strafgesetzbuches die §§ 84—86 wegen der Gleichartigkeit ihres Zweckes auf dieselben Wahlen, nämlich die des § 84 bezogen hat. Um so weniger aber war man darüber einig, was § 84 unter den Wahlen verstehe, bei denen man „in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte" wähle. So verstand Goltdammer[2]) aus positiv staatsrechtlichen Gründen nur das aktive und passive politische Wahlrecht, d. h. das Wahlrecht bei Wahlen zur Landesvertretung, unter den staatsbürgerlichen Rechten, während er alle übrigen Wahlen, insbesondere Gemeindewahlen ausschloss. Nur Gemeindewahlen wollte Koch[3]) ausschliessen, andere sahen alle öffentlichen Wahlen als einbegriffen an.[4]) Diesem Streite hat, so ist anzunehmen, der Entwurf des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund ein Ende machen wollen, indem er sich durch den Zusatz „in einer öffentlichen Angelegenheit" authentisch für die letzte weiteste Auffassung erklärte.[5]) Die nunmehr nahe liegende Änderung der Fassung des § 107, nämlich die Ersetzung der Worte „in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte" durch „in einer öffentlichen Angelegenheit" erschien, so könnte man sagen, nicht notwendig, weil, wie erwähnt, bis dahin niemand an der Identität der von §§ 84—86 bezw. 107—109 geschützten Wahlen gezweifelt hatte,[6]) und deshalb angenommen werden durfte, dass man infolge des neuen Zusatzes zu §§ 85 und 86 auch die Wahlen des § 84 als Wahlen in einer öffentlichen Angelegenheit auslegen werde.

Trotzdem bleibt einigermassen sonderbar, warum man § 107 unverändert liess, da doch die Möglichkeit missverständlicher Auslegung der verschiedenen Ausdrücke immerhin nicht ausgeschlossen war.

---

[2]) Materialien Bd. 2 N. 1 zu § 84.

[3]) Landrecht Nr. 46 zu § 84 (citiert nach Drenkmann a. a. O. S. 169 Anm. 5).

[4]) Oppenhoff, St.G.B. f. d. preussischen Staaten 6. Ausg. 1869 N. 1 zu § 84; Beseler, Komm. S. 249; Drenkmann a. a. O. S. 170.

[5]) R. G. a. a. O. VII, 223 ff.

[6]) Siehe beispielsweise Drenkmann a. a. O. S. 169: „Dass sich alle drei Paragraphen auf dieselbe Gattung von Wahlen beziehen, ist bei ihrem gleichartigen Zwecke selbstverständlich".

Ein neuerdings von Schneidler[7]) gemachter Erklärungsversuch, dem zufolge die Worte des § 107 „in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte" stehen gelassen worden seien, weil dadurch gesagt sein sollte, dass nur die Verhinderung des wirklich Berechtigten, nicht auch beispielsweise eines „aus Versehen" zu der Wahl Zugelassenen bestraft werden sollte, erscheint gezwungen.

Sollte man den Grund und Zweck des Zusatzes „in einer öffentlichen Angelegenheit", wie er oben wiedergegeben ist, nicht annehmen, so wäre trotzdem die Identität der Wahlen von §§ 107—109 festzuhalten, weil sie einmal, wie wir gesehen haben, der Geschichte dieser Paragraphen, vor allem aber weil sie ihrem gleichartigen Zwecke entspricht. Andernfalls würde man den Begriff der öffentlichen Angelegenheit als den weiteren ansehen müssen.[8]) Alsdann ergäbe sich aber das unhaltbare Resultat, dass bei denjenigen öffentlichen Angelegenheiten, in denen nicht in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte gewählt wird, zwar die Wahlfälschung und der Stimmenkauf, nicht aber das viel schwerere Vergehen des § 107 strafbar wäre. Auch die Überschrift des 5. Abschnittes: „Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte" würde dann auf die einen weiteren Kreis von Wahlen umfassenden §§ 108 und 109 nicht mehr passen.

Alle diese misslichen Folgen der Annahme, dass eine Identität nicht vorliege, führen zur Verwerfung jener Auslegung. Dass die hier vertretene gegenteilige Auffassung auch die des Strafgesetzbuches selbst ist, ergiebt sich mit absoluter Sicherheit aus § 34 N. 4 St.G.B., wo als eine der Folgen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte die Unfähigkeit,

> „in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben",

genannt ist. Das Wahlrecht in öffentlichen Angelegenheiten wird hier als eines der politischen oder staatsbürgerlichen Rechte bezeichnet, ist also mit dem politischen oder staatsbürgerlichen Wahlrechte identisch.

Es ist demnach festzuhalten, dass die Wahlen, bei denen in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte gewählt wird, keine anderen sind, als

---

[7]) a. a. O. S. 5.

[8]) So auch Olshausen a. a. O. N. 1 Abs. 2 zu § 107; Dochow unter „Wahlvergehen" in Holtzendorffs Rechtslexikon 2. Aufl. 1876.

die in einer öffentlichen Angelegenheit stattfindenden. Welche Wahlen sind nun aber unter diesen „staatsbürgerlichen" oder „öffentlichen" Wahlen zu verstehen?[9])

Die §§ 107—109 haben ihren Platz in dem von den „Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte" handelnden fünften Abschnitt des zweiten Teiles des Reichsstrafgesetzbuches. Dieser fünfte Abschnitt steht in der Mitte zwischen dem die „feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten" in sich schliessenden vierten und dem den „Widerstand gegen die Staatsgewalt" begreifenden sechsten Abschnitt. Diese beiden Abschnitte beschäftigen sich nur mit Delikten gegen die Staatsgewalt, gegen den Staat. Wendet sich daher der fünfte Abschnitt nach seiner Überschrift und der nochmaligen ausdrücklichen Hervorhebung in § 107 gegen die Delikte, welche sich auf staatsbürgerliche Rechte beziehen, so ist anzunehmen, dass er ebenso wie der ihm vorangehende und der ihm folgende Abschnitt nur Delikte gegen den Staat umschliesst. Als „staatsbürgerliche" oder „öffentliche" Wahlen, um sie kurz so zu nennen, sind also nur staatliche Wahlen[10]) aufzufassen, d. h. direkte und indirekte Wahlen zu den Volksvertretungen in Reich und Einzelstaat, Provinzial-, Bezirks- und Kreiswahlen, wobei zunächst davon abgesehen sei, dass dies überwiegend Wahlen gewählter Versammlungen sind,[11]) sowie schliesslich Wahlen zur Gemeindevertretung, nicht aber kirchliche Wahlen[12]), Handelskammer-, Gewerbegerichts- oder auf Grund der Reichsversicherungsgesetze stattfindende Wahlen.[13])

---

[9]) Nach Schneidler a. a. O. S. 6 ff. soll „die formale Seite" der einzelnen Wahl entscheidend sein. Ist sie von der Gesetzgebung geregelt, von Staatsorganen geleitet und dazu bestimmt, ein Staatsorgan zu schaffen, so erfolgt sie „in einer öffentlichen Angelegenheit". Die Lösung des Textes scheint mir einfacher.

[10]) Übereinstimmend v. Liszt a. a. O. S. 532; Geyer a. a. O.; Stenglein-Rüdorff a. a. O. N. 6 zu § 34; a. M. Oppenhoff St.G.B. f. d. deutsche Reich 1896 N. 5 zu § 34; v. Meyer a. a. O. S. 654; Olshausen a. a. O. N. 2 zu § 107.

[11]) Davon s. unten.

[12]) a. M. v. Meyer a. a. O. S. 654 und Oppenhoff, Das St.G.B. f. d. deutsche Reich 1896 N. 5 zu § 34, der ausser kirchlichen auch Handels- und Gewerbekammerwahlen hineinzieht.

[13]) Also nicht der staatsrechtliche Begriff der „staatsbürgerlichen Rechte", sondern ein aus der Stellung, dem Zusammenhange und Zwecke des Paragraphen sich ergebender nicht technischer Begriff ist auch hier zu Grunde zu legen. Wir gewinnen damit die Möglichkeit, auch gewisse Wahlen innerhalb gewählter Versammlungen als „staatsbürgerliche" aufzufassen.

Nach demselben Gesichtspunkte ist auch zu entscheiden, ob die Wahlen innerhalb gewählter Versammlungen durch die genannten Paragraphen, insbesondere also gegen Stimmenkauf und -verkauf, strafrechtlich geschützt sind. Erscheinen sie als Funktionen staatlichen Lebens, so ist die Anteilnahme an ihnen Ausfluss eines staatsbürgerlichen Rechtes, auch wenn Verfassungen oder sonstige Gesetze dieses Teilnahmerecht an gewisse besondere Voraussetzungen knüpfen. Schiedsmannswahlen der Kreisausschüsse oder Gemeindevertretungen unterstehen daher, um ein Beispiel anzuführen, dem § 109. Hingegen ist die Wahl des Universitätsrektors und die des Präsidenten oder eines Kommissionsvorsitzenden im Reichstage, als Internum der Universität beziehungsweise des Reichstages, nicht als staatliche Angelegenheit anzusehen, von § 109 also nicht geschützt.

§ 11.

Die Strafen und anderweitigen Folgen des Stimmenkaufes.

I. Die Strafen des Stimmenkaufes.

Der § 109 droht dem Stimmenkäufer und -verkäufer Gefängnisstrafe von einem Monate bis zu zwei Jahren an. Erreicht deren Dauer drei Monate, so kann daneben auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden (§ 32 St.G.B.). Die Gleichheit des Strafrahmens, nicht auch die Strafen beider Delikte hat das Reichsstrafgesetzbuch aus dem Code pénal übernommen, der in Art. 113

> „interdiction des droits de citoyen et de toute fonction ou emploi public, pendant cinq ans aux moins et dix ans au plus“,

sowie Geldstrafe in Höhe des Doppelten der gegebenen oder versprochenen Bestechungssumme androhte. Da eine Geldstrafe der Schwere der Vergehen des § 109 im allgemeinen nicht entspricht und ihr selbst dann nicht entsprechen würde, wenn sie wesentlich höher, als im Code bemessen wäre, so ist es zu billigen, wenn das Reichsstrafgesetzbuch ihm in diesem Punkte nicht gefolgt ist.

Als Nebenstrafe ist ausser der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gemäss § 40 St.G.B. die Einziehung der zur Begehung der Vergehen gebrauchten oder bestimmten Bestechungsmittel zulässig,[1])

[1]) v. Schwarze, Kommentar letzte Note zu § 109; Binding, Grundriss 4. Aufl. S. 173 unter e); Olshausen, Kommentar 1. Aufl. N. 8 Abs. 2 zu § 109; Geyer a. a. O.

sofern diese Gegenstände, nicht etwa andere derselben Gattung, den Thätern oder einem Teilnehmer zur Zeit des Urteils gehören. Die Einziehung ihres Wertes, falls sie selbst aus irgend welchen Gründen nicht mehr einziehbar sind, ist nicht statthaft. Eine Ausdehnung der Bestimmung des § 335 R.St.G.B., der zufolge bei Amtsbestechung „das Empfangene oder der Wert desselben dem Staate verfallen zu erklären ist“, wäre de lege ferenda für § 109 wünschenswert,[2]) sodass dann auch hierin der Stimmenkauf der ihm inhaltlich verwandten Amtsbestechung und der Wahlbestechung der deutschen Partikularrechte gleich behandelt würde.

Die im gemeinen und vielfach auch im Partikularrechte angewendete Strafe der **Wahlunfähigkeit** tritt nach Reichsrecht nur im Falle und nur als Folge des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 34 N. 4 R.St.G.B.) ein; eine selbständige Strafe dieses Inhaltes giebt es nicht mehr, alle widersprechenden älteren Bestimmungen von Strafgesetzbüchern, Wahlgesetzen oder Verfassungen[3]) sind durch § 109 aufgehoben.

II. Andere Folgen des Stimmenkaufes.

Von dem Reichsstrafgesetzbuche sind die Bestimmungen anderer Gesetze über Ungiltigkeit der durch Stimmenkauf beeinflussten Wahl unberührt geblieben, weil hierin eine staatsrechtliche Folge der Vergehen des § 109, nicht eine Strafe zu erblicken ist. Die Entscheidung über Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Wahlen, das sogen. Recht der **Legitimations-** oder **Wahlprüfung**, haben, soweit die Volksvertretungen des Reiches und der Einzelstaaten in Betracht kommen, diese selbst, ohne dass gegen ihren Spruch ein Rechtsmittel zulässig wäre. Bei Gemeinde-, Kreistags-, Provinziallandtagswahlen[4]) haben das entsprechende Recht diese Körperschaften und, falls ihr Beschluss durch Klage angefochten wird, die Verwaltungsgerichte.[5])

---

[2]) Schon vor Einführung des St.G.B. f. d. norddeutschen Bund von **Drenkmann** a. a. O. S. 179 empfohlen.

[3]) Grundgesetz für **Sachsen-Altenburg** vom 29. April 1831 § 88 und Wahlgesetz vom 31. Mai 1870 (= Ges. v. 3. August 1850) § 7; Staatsgrundgesetz für **Sachsen-Coburg-Gotha** vom 3. Mai 1852 § 149; Verfassung für **Reuss** ä. L. vom 28. März 1867 § 57 (**Störk**, Handbuch der deutschen Verfassungen 1884).

[4]) Und den Wahlen zu den bezüglichen Ausschüssen.

[5]) **Preuss.** Zust.-Ges. vom 1. August 1883 §§ 10 N. 2, 11, 27 N. 2, 28; **Kreis-Ordn.** v. 19. März 1881 §§ 51a, 113, 133; **Prov.-Ordn.** v. 22. März 1881 §§ 23, 24, 48.

Die Berechnung, auf Grund deren eine Wahl für giltig oder ungiltig erklärt wird, ist folgende: Erkaufte Wahlstimmen werden von der Gesamtzahl der auf den Gewählten entfallenen Stimmen, gleichviel ob er selbst oder ein anderer der Käufer war, abgezogen. Ist nicht genau festzustellen, wie viele Stimmen in einem Wahlbezirke erkauft sind, so werden alle in demselben für den Gewählten abgegebenen Stimmen von dessen Gesamtstimmenzahl im Wahlkreise abgerechnet. Ist die Zahl der erkauften Stimmen für sich allein oder zusammen mit anderen aus irgend welchen Gründen ungiltigen Stimmen eine so grosse, dass nach deren Abzug der Gewählte die erforderliche Mehrheit nicht mehr hat, so wird seine Wahl für ungiltig erklärt.[6]) Nur alsdann führt die Thatsache, dass Stimmenkäufe vorgekommen sind, zu greifbaren staatsrechtlichen Folgen, da es sich ja innerhalb der prüfenden Körperschaft ausschliesslich um die Prüfung der Giltigkeit der einzelnen Wahlen als Rechtstitel der Mitgliedschaftsrechte handelt. Voraussetzung jener Berechnung, auf Grund deren unter Umständen die Ungiltigkeitserklärung erfolgt, ist aber, dass jede erkaufte Wahlstimme ungiltig ist, gleichviel ob diese Ungiltigkeit gesetzlich besonders normiert ist[7]) oder nicht.

Es ist in neuerer Zeit viel darüber gestritten worden,[8]) ob die Prüfung der Legitimationen den Volksvertretungen (um diese wichtigsten der gewählten Körperschaften handelt es sich ausschliesslich) verbleiben oder an Gerichte übertragen werden soll. Die Frage in dieser Allgemeinheit zu erörtern, ist hier nicht am Platze. Es sei statt dessen insbesondere auf die oben in Anm. 8 genannte Abhandlung von Seydel „Parlamentarische oder richterliche Legitimationsprüfung" verwiesen. Seydel kommt zu dem Ergebnisse, Übertragung an Gerichte sei de lege ferenda aus verschiedenen Gründen wünschenswert. Vom Standpunkte

---

[6]) v. Mohl, Krit. Erört. über Ordnung u. Gewohnheiten des deutschen Reiches in der Zeitschrift f. d. ges. Staatswiss. 1874 S. 582 ff. Es ist zweifellos, „dass die Wahl für ungiltig zu erklären ist, wenn das Gericht, wozu es berechtigt ist, den Stimmkäufer zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt". Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht beizupflichten. Nur, wenn der Gewählte der Stimmenkäufer war und durch Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte passiv wahlunfähig geworden ist, ist seine Wahl ungiltig.

[7]) Bairisches Wahlgesetz vom 4. Juni 1848 Art. 32.

[8]) Jellinek, Ein Verfassungsgerichtshof 1885; Jaques, Die Wahlprüfung 1885; v. Seydel, Parlamentarische oder richterliche Legitimationsprüfung (staatsrechtliche und politische Abhandlungen V, S. 192 ff.).

dieser Arbeit ist dem beizupflichten. Der auf Grund festgestellter Stimmenkäufe (alles andere kommt hier nicht in Betracht) ergehende Spruch des Parlamentes über ein Mitgliedschaftsrecht ist ein rein richterlicher. Die Parlamente aber sind keine geeigneten Richter. Wer der gegenteiligen Meinung ist, verfolge die Wahlprüfungsverhandlungen — um ein Beispiel zu wählen — des deutschen Reichstages, wie sie in den stenographischen Berichten wiedergegeben sind. Es ist kein gutes Zeichen für die Eigenart eines Gerichtshofes, wenn dessen Mitglieder — wie es im Reichstage bei Wahlprüfungen seitens aller Parteien geschieht — immer wieder ihre Unparteilichkeit versichern zu müssen glauben; denn nur was man nicht sicher besitzt, pflegt man stets von neuem zu beweisen. Ja die „Richter" selbst werfen einander im Reichstage ganz unverblümt Parteilichkeit vor, und schliesslich kann es auch kein blosser Zufall sein, wenn die einen Parteien immer wieder für extensive, die anderen für restriktive Auslegung des Begriffes der Wahlbeeinflussung eintreten. Eine jede handelt eben ihren Interessen gemäss.

Niemand wird hieraus den Parlamentsmitgliedern einen Vorwurf machen, sind sie ja doch in ihrer sonstigen Thätigkeit die Vertreter von Parteigegensätzen. Es hiesse vielmehr Selbstverleugnung über das Mass des Menschlichen hinaus verlangen, wollte man von ihnen die volle Objektivität des Richters erwarten. Um so unrichtiger aber ist es, wenn der Gesetzgeber sie, wie es zutreffend ausgedrückt worden ist,[9]) durch Erteilung des Rechtes der Legitimationsprüfung

> „zwischen die zwei kategorischen Imperative stellt, entweder ihren intensivsten politischen Überzeugungen oder den strengsten Anforderungen des Rechts und der Sittlichkeit zu dienen".

Die Prüfung der Legitimationen gehört nicht vor die Kammern selbst, sondern vor Gerichte,[10]) die gleichzeitig von den Regierungen unabhängig und von den Parteigegensätzen der Volksvertretung frei sind.

---

[9]) Jaques a. a. O.

[10]) Diese Überweisung an die Gerichte ist in England schon im Jahre 1868 erfolgt.

Eine vergleichende Bearbeitung des ausserdeutschen Rechtes der Wahlbestechung mit Rücksicht auf die lex ferenda soll folgen.

Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B.

Von

Reinhold Bernau,
Gerichts-Referendar.

BRESLAU 1897.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von Prof. Dr. Hans Bennecke, Breslau.

Inhalts-Verzeichnis.

EINLEITUNG.

ERSTES BUCH.

Interpretation des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B.

I. Abschnitt.

Die grammatische Interpretation des § 223a.

1. KAPITEL.

Allgemeine Begriffserörterung.

2. KAPITEL.

II. Abschnitt.

Die logische Interpretation.

1. KAPITEL.

2. KAPITEL.

Die Prädizierung „gefährlich“ im § 223a.

3. KAPITEL.

ZWEITES BUCH.

Litteratur und Rechtsprechung über den Begriff des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B.

DRITTES BUCH.

Kritische Bemerkungen.

Verzeichnis der citierten Monographien*).

A. v. Kries, „Über den Begriff der Waffe und des gefährlichen Werkzeugs" im „Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht" begr. durch Goltdammer; Bd. XXV S. 22 ff. Berlin 1877.

v. Buri, „Zu den §§ 223a, 201 ffg. des Strafgesetzbuchs" im „Gerichtssaal" hrsg. von v. Schwarze; Bd. XXXIV S. 343 ff. Stuttgart 1883.

Lammasch, „Handlung und Erfolg" in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart" hrsg. von Grünhut; Bd. IX S. 221 ff. Wien 1882.

Siebenhaar, „Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche" in der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" hrsg. von v. Liszt und v. Lilienthal; Bd. IV S. 245 ff. Berlin und Leipzig 1884.

v. Buri, „Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch" im „Gerichtssaal" hrsg. von v. Holtzendorff; Bd. XL S. 503 ff. Stuttgart 1888.

J. v. Kries, „Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben", Separatabdruck aus der „Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie"; Bd. XII. Leipzig 1888.

v. Rohland, „Die Gefahr im Strafrecht"; 2. Aufl. Dorpat und Leipzig 1888.

Finger, „Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht", Separatabdruck aus der „Juristischen Vierteljahresschrift"; Prag 1889.

Gebauer, „Die sogenannte Lebensversicherung" in den „Staatswissenschaftlichen Studien" hrsg. von Elster; Bd. V Heft 3. Jena 1895.

---

*) Für die Geschichte kommt in Betracht: Günther, „Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung", Inaug.-Diss. Erlangen 1884.

EINLEITUNG.

§ 1.

Allgemeines.

Der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs" im § 223a St.G.B. ist wie viele andere Ausdrücke des Strafgesetzbuchs im Gesetz selbst nicht definiert; und wohl mit gutem Grunde hat der Gesetzgeber eine Legaldefinition vermieden und der Wissenschaft und Praxis die Ausbildung des in jenen Worten liegenden Gedankeninhalts überlassen. Denn wie überall da, wo es sich um Möglichkeitsbegriffe handelt, bieten sich auch hier der Interpretation der in Frage stehenden Worte nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Die zahllose Menge von Gegenständen und Anwendungsmöglichkeiten, welche für die sogenannte gefährliche Körperverletzung des § 223a St.G.B. in Betracht kommen, verleitet leicht zu Definitionen, die entweder wegen zu grosser Allgemeinheit wertlos sind, oder aber den Begriff nicht erschöpfend wiedergeben. Keine der bisher aufgestellten Definitionen kann den Anspruch erheben, nach jeder Richtung hin vollkommen zu sein, und fast jeder neue Versuch einer solchen scheitert daran, dass auf der einen Seite Gegenstände in die Definition mit hineingezogen werden, die unter sie nicht fallen sollen, andererseits wiederum Objekte nicht mit erfasst werden, die zweifellos zu den gefährlichen Werkzeugen gerechnet werden müssen.

Ausser durch diese sachlichen Schwierigkeiten wird die Interpretation noch durch die unglückliche Fassung des Paragraphen erschwert. Wollte man ohne weiteres vom Wortlaut desselben ausgehen und lediglich aus der Ausdrucksweise die für die Untersuchungen wichtigen

Konsequenzen ziehen, so würde man zu ganz merkwürdigen Resultaten gelangen. Es finden sich hier Abweichungen von der gewöhnlichen Ausdrucksweise und den anerkannten Gesetzen der Logik, die nur durch die Kenntnis der Vorgeschichte des Paragraphen einigermassen verständlich werden können. Um also überhaupt eine Basis für die Begriffsentwicklung zu gewinnen, erscheint es unentbehrlich, zunächst auf die Geschichte des § 223a St.G.B. in Kürze einzugehen.

§ 2.

Die Vorgeschichte des § 223a St.G.B.

Der für den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ in Frage kommende § 223a St.G.B.[1]) ist erst durch die Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876[2]) in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommen worden. Vor diesem Zeitpunkte gab es, wenn man von den Besonderheiten der §§ 225—228 St.G.B. absieht, nur zwei Hauptarten der vorsätzlichen Körperverletzung: die leichte (§ 223 St.G.B.) und die schwere (§ 224 St.G.B.), davon die erste fast nur auf Antrag verfolgbar und mit niedrigem Strafmass ausgestattet.[3]) Sofern nicht eine der im § 224 genannten Folgen, deren Aufzählung noch dazu höchst mangelhaft ist, eintrat, war die Körperverletzung trotz der nachteiligsten anderweitigen Folgen und sonstiger erschwerender Umstände im Sinne des Gesetzes eine leichte und daher nur nach § 223 strafbar, wobei sich der Straf-

[1]) Derselbe Ausdruck findet sich auch noch im § 117 und § 367 Ziff. 10 St.G.B.

[2]) „Gesetz, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben.“

[3]) Vgl. § 223 St.G.B. vor der Novelle R.G.Bl. 1871 No. 24 S. 168:

„Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängniss bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Thalern bestraft. Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängniss nicht unter Einem Monat zu erkennen.“

Hierzu § 232 St.G.B. vor der Novelle R.G.Bl. 1871 No. 24 S. 170:

„Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§. 223. 230.) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.“ etc. . . .

§ 224 St.G.B. hatte auch vor der Novelle die heutige Fassung; vgl. § 224 St.G.B. im R.G.Bl. 1871 No. 24 S. 168.

rahmen und das Strafmaximum als durchaus unzureichend erwies, und das Antragserfordernis ein schweres Hindernis für die häufig im öffentlichen Interesse liegende Strafverfolgung bildete. Denn durch dieses Erfordernis wurde nicht nur die Offizialverfolgung in fast allen Fällen ausgeschlossen,[4]) sondern auch vielfach die private Verfolgung unterdrückt, da der Verletzte entweder aus Furcht vor weiteren Misshandlungen oder wegen der erfolgten Abfindung durch Geld den Strafantrag zu stellen unterliess.[5])

Diesen insbesondere bei den Messeraffairen immer fühlbarer werdenden Missständen suchte man zu begegnen durch die Konstruktion einer qualifizierten Art von leichten Körperverletzungen.

Bei der Charakterisierung derselben sollte jede Anlehnung an § 192a des Pr.St.G.B.[6]) vermieden werden. Denn abgesehen davon, dass die dort geforderte Erheblichkeit der Verletzung ein zu unsicheres und unbestimmtes Merkmal abgiebt,[7]) sprach gegen die Berücksichtigung der Folgen, dass ein endgültiges Urteil über sie bei der Begehung der That sehr häufig noch gar nicht gefällt werden kann, wodurch

---

[4]) Bezüglich der wenigen Ausnahmen vgl. § 232 St.G.B. vor der Novelle cit. o. S. 2 A. 3.

[5]) So im wesentlichen auch die Motive in den Dr.-S. 1875/76 No. 54 S. 48—51; vgl. insbesondere S. 48: „Von den Gerichtsbehörden wie vom Publikum ist Klage darüber geführt worden, einerseits, dass die Strafbestimmungen des §. 223. für manche Fälle brutaler und lebensgefährlicher Angriffe und Verletzungen der erforderlichen Energie entbehrten, andererseits, dass durch die Bestimmung wegen des Strafantragserfordernisses die Strafjustiz allzusehr gehemmt würde."

[6]) Vgl. § 192a Pr.St.G.B.:

„Hat eine vorsätzliche Misshandlung oder Körperverletzung erhebliche Nachtheile für die Gesundheit oder die Gliedmassen des Verletzten, oder eine längere andauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt, so tritt Gefängniss nicht unter sechs Monaten ein."

[7]) Dieser Umstand wurde schon 1870 gegen die Übernahme des § 192a in das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, späteres Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, geltend gemacht; vgl. die Motive in den Akt.-St. 1870 No. 5 S. 72: „Dagegen hat der Entwurf" . . . . . „den § 192. a., welcher die sogenannte erhebliche Körperverletzung mit Gefängniss nicht unter sechs Monaten bedroht, nicht aufgenommen." . . . . . . „Rücksichtlich der erheblichen Körperverletzung haben die Kriterien des Preussischen Strafgesetzbuches, nämlich:

erheblicher Nachtheil für die Gesundheit oder die Gliedmassen des Verletzten
und
länger andauernde Arbeitsunfähigkeit,

in der Rechtsprechung bekanntlich zu grossen Zweifeln Veranlassung gegeben." etc. . . . .

die Verfolgung nicht nur sehr verzögert, sondern auch eventuel
in Frage gestellt wird.[8][9]

Man glaubte alle Schwierigkeiten umgangen zu haben, wen
als Qualifikationsgrund lediglich die Gefährlichkeit der Handl
Betracht zog, ohne dabei irgendwie Rücksicht zu nehmen auf
des durch sie hervorgerufenen Erfolges: und zwar sollten für d
urteilung der Handlung Ausschlag gebend sein das zur Verübu
Körperverletzung benutzte Mittel (Körperverletzung begangen
einer Schuss-, Stich- oder Hiebwaffe, insbesondere eines Me
daneben einige besondere Begehungsarten (Körperverletzung be
„mittels heimtückischen Überfalls, oder mittels einer das Leb
Verletzten gefährdenden Behandlung").[10] Das Antragserfordernis

---

[8]) Vgl. hierzu die Motive in den Dr.-S. 1875/76 No. 54 S. 51:
„Es ergiebt sich hieraus jedenfalls die Schwierigkeit einer an die Fol
Körperverletzung anknüpfenden Unterscheidung. Da die Grenzlinie nicht
das Strafmass, sondern für die Verfolgbarkeit der Handlung bestimmend s
würde eine Unsicherheit derselben um so nachtheiliger wirken. Aber auch ab
von dieser Schwierigkeit erscheint der Vorschlag nicht geeignet, vollständige
zu gewähren. Die Folgen einer Körperverletzung lassen sich in den meiste
nicht sogleich nach der That übersehen." . . . . „Damit würde aber in viele
die wünschenswerthe nachdrückliche Ahndung gelähmt oder doch verzögert w

[9]) Die Nachteile eines so mangelhaften Kriteriums, nach dem zu be
war, ob ein Antrags- oder Offizialdelikt vorlag, machten sich auf strafproze
Gebiete insbesondere bei der Verhaftung und der vorläufigen Festnahme
vgl. die in den Dr.-S. 1875/76 No. 54 S. 50 abgedruckten Ausführungen eines
anwalts, die zunächst allerdings gegen das Antragserfordernis überhaupt gerich
„Bemerkenswerth in der hier besprochenen Richtung des Antrages i
die thatsächliche Erscheinung, dass die Thätigkeit der Exekutivbeamten du
Antragsprinzip wesentlich beeinträchtigt wird. In letzterer Beziehung tritt
hervor, dass der untere Exekutivbeamte nie darüber sicher ist, wann ein
erforderlich ist und wann nicht. Diese Unsicherheit lähmt seine Thätigk
veranlasst oft die gröbsten Irrthümer. Dem tritt hinzu, dass der im ersten
einschreitende Beamte nie in der Lage ist, die Bedeutung der Handlung i
Folgen zu übersehen, und dass er daher genöthigt wird, auch in den en
Fällen, die scheinbar nur ein Antragsvergehen enthalten, von seiner Tl
Abstand zu nehmen."

[10]) Vgl. die Motive in den Dr.-S. 1875/76 No. 54 S. 52:
„Der Entwurf knüpft auch hier nicht an die Folgen der Misshandl
sondern hat geglaubt, das Mittel, dessen sich der Thäter bedient hat, als
schwerende Merkmal hinstellen zu müssen, um dadurch insbesondere dem Unf
Angriffe mit dem blanken Messer wirksam entgegenzutreten. Wenn nach
Nr. 10. des Strafgesetzbuchs der blosse Gebrauch einer Schuss-, Stich- oder Hi

man auf die fahrlässige Körperverletzung[11]) beschränken. Der auf Grund dieser Erwägungen verfasste Passus wurde in der Regierungsvorlage dem § 223 als Absatz 3 angehängt,[12]) und die Bestimmungen des § 232 über den Antrag entsprechend abgeändert.[13])

Durch Beschluss der zur Beratung einzelner Paragraphen des Gesetz-Entwurfs[14]) eingesetzten Reichstagskommission wurde aus § 223 Absatz 3 ein neuer § 223a gebildet.[15]) Damit war wiederum eine Mittelgruppe geschaffen zwischen der leichten und schweren Körperverletzung, die sogenannte „gefährliche Körperverletzung".[16])[17]) Die

---

bei einem Angriffe, auch wenn durch denselben ein Schaden nicht zugefügt ist, bestraft wird, so liegt es in der Konsequenz, dass eine vorsätzliche Körperverletzung, welche durch den Gebrauch einer solchen Waffe begangen wird, einer erhöhten Strafbarkeit unterliegen muss. Um jeden möglichen Zweifel abzuschneiden, empfiehlt es sich neben den Stichwaffen des Messers ausdrücklich zu erwähnen."

[11]) Vgl. loc. cit.:

„Die vollständige Wahrung des öffentlichen Interesses wird vielmehr nur erreicht werden, wenn man die vorsätzliche Körperverletzung schlechthin und ohne Rücksicht auf die im einzelnen Fall entstandenen Nachtheile für die Gesundheit des Beschädigten der Verfolgung von Amtswegen unterwirft."

[12]) Vgl. die Regierungsvorlage in den Dr.-S. 1875/76 No. 54 S. 10 § 223 Abs. 3:

„Hat der Thäter die Körperverletzung mittels einer Schuss-, Stich- oder Hiebwaffe, insbesondere eines Messers, oder mittels heimtückischen Überfalls, oder mittels einer das Leben des Verletzten gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnissstrafe nicht unter drei Monaten ein."

[13]) Vgl. § 232 ibid.:

„Die Verfolgung der durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist."

[14]) „Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben."

[15]) Vgl. die Kommissionsbeschlüsse in den Dr.-S. 1875/76 No. 145 S. 9:

§ 223a: „Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnissstrafe nicht unter zwei Monaten ein."

[16]) Das Gesetz kennt diese Bezeichnung nicht. Sie ist nur zutreffend, wenn man unter Körperverletzung die Handlung versteht, nicht den durch sie bewirkten Erfolg. Im Reichsstrafgesetzbuch findet sich bekanntlich das Wort „Körperverletzung" in beiden Bedeutungen. Der Kürze halber wollen auch wir den in Theorie und Praxis üblichen Ausdruck verwenden.

[17]) Vgl. die Rede des Berichterstatters der Kommission, Abgeordneten Dr. v. Schwarze, in der Sitzung des deutschen Reichstags vom 20. Januar 1876 St.B. 1875/76 S. 802:

Tendenz des Regierungsentwurfs, nur die Gefährlichkeit der Handlung, nicht ihre Folgen entscheiden zu lassen, wurde auch in den Kommissionsberatungen beibehalten.[18]) Dagegen erfuhr die klare und präcise Ausdrucksweise der Regierungsvorlage, welche als qualifizierendes Moment hervorhob, dass „die Körperverletzung mittels einer Schuss-, Stich- oder Hiebwaffe, insbesondere eines Messers," etc. begangen ist, dadurch eine sehr nachteilige Veränderung, dass man hinter „insbesondere eines Messers" die Worte „oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges," ohne Interpunktion einschaltete.[19])[20]) Durch diesen Zusatz sollte, wie der

---

„Die Kommission war nun der Meinung, dass es geboten sei durch die in der Praxis gemachten Erfahrungen, sowie im Rückblick auf frühere Gesetzgebungen, die sich in Bezug auf diese Dreitheilung vollständig bewährt haben, die zweite Klasse der Körperverletzungen wiederherzustellen. Ein sehr gutes und günstiges Material bot hierzu der Vorschlag der Regierung bezüglich des Erschwerungsgrundes, indem wir glaubten, die Fälle, die unter diesen Qualifikationsgrund fallen, nunmehr als selbständige zweite Klasse aufführen zu können. Daher ist es gekommen, dass wir Ihnen vorschlagen, aus dem Absatz 3 des § 223 einen besonderen Paragraphen zu bilden und hier nunmehr die sogenannten gefährlichen Körperverletzungen zu vereinigen."

[18]) Vgl. loc. cit.:

„Was nun die einzelnen Fälle in diesem § 223a anlangt — und diese meine Bemerkung gilt auch der Vorlage — in dieser Beziehung stimmen die Vorlage und unser Beschluss völlig überein —, so waren wir der Meinung, dass es geboten sei, in dieser Mittelkategorie die Fälle dergestalt zu formuliren, dass ein bestimmtes, objektives, klares Moment geschaffen werde für den Richter und für den Arzt, dass man namentlich vermeide, die Entscheidung darauf zu setzen, wie etwa später im Laufe der Zeiten die betreffende Verletzung sich erweitere oder beziehentlich wieder vermindere." . . . . „Wir haben geglaubt, dieses erschwerende Moment, welches wir zur zweiten Klasse erheben, so fixiren zu müssen, dass es in der Begehungsart der That liegt, nicht in den Folgen derselben; daher kommt es, dass Sie in diesem Absatz 3 der Regierungsvorlage und in unserem § 223a Fälle vorgeführt sehen, bei denen lediglich die Begehungsart entscheidet, nicht der Erfolg."

[19]) Ausserdem trat an Stelle von „Schuss-, Stich- oder Hiebwaffe" der allgemeine Ausdruck „Waffe"; sh. S. 5 A. 15.

[20]) Hierzu loc. cit.:

„Meine Herren, was die einzelnen Fälle in diesem § 223a anlangt, so gestatten Sie mir zunächst darauf hinzuweisen, dass gesagt worden ist: »ist die Körperverletzung mittelst einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, begangen«. Die Kommission ist einstimmig der Meinung gewesen, dass es an sich ausreichend gewesen sein würde, wenn hier nur gesagt worden wäre: »mittelst einer Waffe«, indem in der deutschrechtlichen Praxis vollkommen der Satz feststeht, dass man unter »Waffe« nicht bloss diejenigen Gegenstände zu verstehen hat, die man im gewöhnlichen Leben als Hieb-, Stich-, Stoss- und Schiesswaffe

Referent der Kommission, Abgeordneter Dr. v. Schwarze, ausdrücklich hervorhebt, auf einige „spezielle Arten von Waffen“ besonders hingewiesen werden.[21]) Das Antragserfordernis wurde auf § 223a nicht ausgedehnt, und dementsprechend § 232 abgefasst.[22])

In der durch Kommissionsbeschluss festgestellten Form wurde § 223a,[23]) sowie der für uns in Betracht kommende Anfang des § 232[24]) bei der zweiten Lesung unverändert[25]) angenommen.

Auch bei der dritten Lesung fanden Änderungen nicht mehr statt,[26]) und so wurden jene Kommissionsbeschlüsse nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates und Publikation durch den Kaiser Gesetz.[27])

---

bezeichnet, sondern dass jeder Gegenstand hierunter begriffen ist, mittelst dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines Andern eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann, dergestalt also, dass jedes solches Werkzeug als Waffe zu bezeichnen ist, wenn der Thäter entweder in dieser Absicht, es zu gebrauchen, es mitgenommen, sich damit versehen, oder aber ohne eine solche Absicht es im Augenblick gebraucht hat. Es hat die Praxis nie gezweifelt, dass z. B. bei den gewöhnlichen Schlägereien ein Stuhlbein oder eine Bierflasche und ähnliche Gegenstände als Waffen dann anzusehen sind, wenn von ihnen in der Absicht Gebrauch gemacht worden ist, den Körper eines Andern zu beschädigen.“

[21]) Vgl. loc. cit.:

„Dessenungeachtet hat man geglaubt, hier im vorliegenden Falle die Waffen exemplifiziren zu sollen. Das Wort »insbesondere« hat daher nur ausdrücken sollen, dass wir spezielle Arten von Waffen hier vorführen wollen. Es sind da erwähnt worden: das Messer oder ein anderes gefährliches Werkzeug, und wir haben geglaubt, dass es praktisch nützlich sei, um auch dem Laien, der das Gesetzbuch liest, klar zu machen, dass das Messer, wie jedes gefährliche Werkzeug, in dem von mir vorhin geschilderten Sinne als eine Waffe anzusehen sei, und da wir leider die Erfahrung gemacht haben, dass gerade Messeraffären jetzt eine bedeutende Rolle in der Praxis spielen, hat es doppelt geboten erschienen, hier Messer und andere gefährliche Werkzeuge ausdrücklich hervorzuheben.“

[22]) Vgl. die Kommissionsbeschlüsse in den Dr.-S. 1875/76 No. 145 S. 9 § 232:

„Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§. 223., 230.) tritt nur auf Antrag ein,“ etc. . . . .

[23]) Sh. S. 5 A. 15.

[24]) Sh. o. A. 22.

[25]) Vgl. die Reichstagsbeschlüsse in den Dr.-S. 1875/76 No. 181 S. 31 und S. 19.

[26]) Vgl. nochmaligen Abdruck in den Dr.-S. 1875/76 No. 238 S. 12 und S. 7.

[27]) Vgl. R.G.Bl. 1876 No. 6 S. 37 und S. 31.

ERSTES BUCH.

Interpretation des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B.

I. Abschnitt.

Die grammatische Interpretation des § 223a.

1. KAPITEL.

Allgemeine Begriffserörterung.

§ 3.

Der Begriff des Werkzeugs.

Das Wort „Werkzeug“[1]) kommt in verschiedener Bedeutung vor. Auf rein technischem Gebiete[2]) bezeichnet man damit jeden Gegenstand, welcher der Hand zur mechanischen Einwirkung auf Stoffe, insbesondere zur Bearbeitung von Materialien dient.

Das Werkzeug ist also zunächst zum direkten Gebrauch für die menschliche Hand bestimmt. Es soll ihre Beschaffenheit in Bezug auf Substanz, Form und Kraft vervollkommnen und ergänzen. So dient der Hammer zur Erhöhung der geringen Widerstandsfähigkeit

---

[1]) Vgl. Sanders, Wörterbuch der Deutschen Sprache, s. v. „Zeug“, Zusammensetzung „Werkzeug“:

„Geräth, das als Mittel dient, Etwas hervorzubringen, zu bewerkstelligen etc.:
1. bei mechanischen Arbeiten oder beim mechan. Theil einer Arbeit . . .
2. (s. 1) bildl. und verallgemeint: Etwas, das — und insofern es — einen gewissen Zweck zu erreichen, eine best. Wirkung hervorzubringen dient, z. B.
   a) etwas Sachliches etc. (s. c) . . .
   b) von Personen, sehr gw. . . .
   c) bei organischen Naturkörpern die Theile, womit die Natur sie zu best. Funktionen ausgerüstet hat . . .
3. Bsp. des in der Schriftspr. veralt. masc. . . .“

[2]) Sh. o. A. 1 sub 1.

ihrer Substanz, der Meissel ersetzt durch seine Schneide die ihr fehlende Keilform, die Zange vervollkommnet die Muskelkraft durch Hebelwirkung.

Wenn nun ein Gegenstand von der Hand geführt werden soll, muss er bestimmte Eigenschaften besitzen. Sein Volumen muss derart sein, dass die Hand ihn ganz umfassen oder so erfassen kann, dass er in ihr haftet. Ferner darf die durch sein Gewicht repräsentierte Energie die Muskelkraft nicht übertreffen. Vor allen Dingen aber muss der Gegenstand den zur Erreichung eines bestimmten Zwecks notwendigen Bewegungen der Hand folgen können, also beweglich sein.

Alle diese Merkmale unterscheiden das Werkzeug von der Maschine, insbesondere der sogenannten Werkzeugmaschine, bei der von einer direkten Einwirkung der Hand auf das Material keine Rede mehr sein kann. Die Thätigkeit der Hand bezweckt hier nur die Ingangsetzung oder -haltung des Mechanismus, im übrigen ist sie ersetzt durch automatische Bewegung von Maschinenteilen, und zwar in der Weise, dass treibende Kraft in Bewegung umgesetzt, und diese wieder durch mannigfache Übertragungen in eine bestimmte Richtung gebracht wird. Auch die Zuführung des zu bearbeitenden Materials vollzieht sich meist automatisch, so z. B. bei der Eisenhobelmaschine. Aber selbst wenn die zuführende Gegenbewegung fehlt, wie bei der hydraulischen Lochmaschine, bleibt doch immer die betreffende Vorrichtung, wie der Name besagt, Maschine. Denn dadurch dass man die Eisenplatte unter den Stempel der Lochmaschine bringt, benützt man diesen ebensowenig als Werkzeug, wie der Lehrling den Bohrer des Meisters, wenn er das von diesem zu durchbohrende Brett hält. Während nämlich das Werkzeug durch die Hand gegen das Objekt bewegt wird, muss hier das letztere an die Maschine herangebracht werden. Das Werkzeug also verlangt aktive Bethätigung, eine Maschine dagegen benutzt man in einem passiven Sinne, indem man das Objekt der Einwirkung der automatisch funktionierenden Vorrichtung aussetzt. Man nennt wohl den gewöhnlichen Bohrer Werkzeug, weil er mit der Hand durch das Brett getrieben wird, nicht aber die Bohrmaschine, weil man hier das Brett lediglich der automatischen Thätigkeit der Maschine aussetzt und sich im übrigen vollkommen passiv verhält. In solchen Fällen kann man nicht mehr von einer direkten Einwirkung, von einer Vervollkommnung der Hand sprechen; sie erfasst ja überhaupt gar nicht einen sie vervollkommnenden Gegenstand, sondern

das Objekt der Einwirkung selbst. Gerade im Augenblick der Einwirkung verhält sie sich nicht aktiv sondern passiv.

Zwischen den genannten, hauptsächlich durch Mobiliar- bezw. Immobiliarqualität ausgezeichneten Gegensätzen giebt es nun aber Mittelstufen, bei denen man zweifelhaft sein kann, ob sie begrifflich zum Werkzeug oder zur Maschine zu rechnen sind. Hierher gehören Vorrichtungen, die an sich immobil sind, deren Teile jedoch derart beweglich sind, dass sie von der menschlichen Hand wie jedes andere Werkzeug geführt werden können, z. B. der Bohrer einer mit dem Boden festverbundenen Plombiermaschine, oder die Nadel einer immobilen Musterstechmaschine. Wie der Name besagt, rechnet man derartige Vorrichtungen im gewöhnlichen Leben zu den Maschinen, weil gewisse Bewegungen, z. B. die drehende des Bohrers, die auf- und niedergehende der Nadel, nicht direkt sondern durch verschiedene Umsetzungen einer Kraft erzielt werden. Begrifflich scheint dies aber unwesentlich zu sein gegenüber dem Umstande, dass die Hand es ist, welche sich dieser, von andern Werkzeugen lediglich durch partielle Bewegung unterschiedenen Instrumente bedient. Wie bei jenen beispielsweise die Muskelkraft der Hand erhöht wird, so hier ihre Beweglichkeit, z. B. die Schnelligkeit des Auf- und Niederbewegens einer Nadel beim Musterstechen durch die Musterstechmaschine. Soweit es sich also darum handelt, dass durch die menschliche Hand eine Einwirkung hervorgerufen wird, sind wenigstens die Teile von Maschinen, welche derart beweglich sind, dass sie den zur Erreichung eines bestimmten Zwecks notwendigen Bewegungen der Hand folgen können, begrifflich zu den Werkzeugen zu rechnen.

Ausser der Benutzung durch die Hand ist dem Begriffe des Werkzeugs wesentlich die Benutzung zur mechanischen Einwirkung. Es handelt sich also um das Wirken von Kräften im gewöhnlichen Sinne des Wortes,[3]) um Erscheinungen physikalischer Natur, speziell um die Gesetze der Mechanik und ihre Anwendung für Druck, Schlag und Stoss. Als Beispiele können hierfür genannt werden Zange, Hammer, Meissel.

Demnach ist unerlässliches Erfordernis für jedes Werkzeug, dass es eine grössere Widerstandsfähigkeit besitzen muss als der Stoff, auf

---

[3]) Der wissenschaftliche Begriff der Kraft umfasst jede Arbeitsleistung, also auch die chemische.

den einzuwirken ist. Sofern eine Trennung der Substanz erzielt werden soll, muss zu der soeben gekennzeichneten Widerstandsfähigkeit hinzukommen eine der unzähligen Spielarten des Keils, die der physikalische Begriff des letzteren zulässt, insbesondere also Spitze und Schneide. Vielfach würde, auch wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, die Muskelkraft allein nur unvollkommen das erstrebte Ziel, die Beseitigung des in dem zu bearbeitenden Objekt vorhandenen Widerstands, erreichen. In solchen Fällen wird das Werkzeug auch noch ausgezeichnet sein durch eine die oben genannten[4]) Grenzen nicht überschreitende Schwere, welche die Intensität der Einwirkung gemäss den Grundsätzen des Trägheitsprinzips beträchtlich erhöht.

Den Gegensatz zu den Werkzeugen bilden hier gewisse chemische Substanzen, insbesondere Säuren, sofern sie nicht auf die Lagerung und Anordnung der Moleküle einwirken sondern auf ihre Beschaffenheit. Das Endresultat der Einwirkung kann allerdings bei der Verwendung von Werkzeugen das gleiche sein wie beim Gebrauch chemischer Stoffe, doch bleibt immer die Art der Einwirkung verschieden. Bei ersteren handelt es sich um physikalische, bei letzteren um chemische Vorgänge; dort wirkt Bewegungsenergie, hier Verbindungsenergie. Dieser Unterschied ist für den Begriff des Werkzeugs wesentlich und dementsprechend auch im Sprachgebrauch aufrecht erhalten. Den Griffel des Graveurs, mit dem er Zeichen einprägt, bezeichnet man als Werkzeug, nicht aber die Säure, mit der er Zeichen einätzt.

Auch hier lassen sich wieder Mittelstufen konstatieren. Es giebt nämlich Stoffe, die bei chemischer Zersetzung physikalische Wirkungen äussern, so z. B. die Sprengstoffe, insbesondere die Nitrate. Vom Gesichtspunkte der mechanischen Einwirkung aus hindert nichts, sie den Werkzeugen gleichzustellen. Trotzdem können sie zu den letzteren nicht gerechnet werden, weil wenigstens bei ihrer gewerblichen Verwendung eine Mitwirkung der Hand ausgeschlossen ist.

Zum Schluss ist darauf hinzuweisen, dass die Beschaffenheit des Werkzeugs im einzelnen Falle abhängig ist von dem Zwecke, dem es dienen soll. Man wählt zu Werkzeugen nicht willkürlich Gegenstände von beliebiger Beschaffenheit, sondern bereitet sie für eine bestimmte Verwendung vor und stattet sie mit den dazu notwendigen Eigenschaften aus. Es erklärt sich hiernach psychologisch, dass man an

---

[4]) Sh. o. S. 12.

die Vorstellung eines Werkzeugs diejenige seiner Bestimmung knüpft und die Zweckbestimmung für den Begriff des Werkzeugs betont.[5]) Wesentlich für den Begriff können aber nur die Merkmale sein, welche das Werkzeug für die Verwendung zu dem vorgestellten Zweck, also für die Beseitigung der in dem Objekt vorhandenen Widerstände, geeignet machen, und nicht die möglicherweise willkürliche Bestimmung für diesen Zweck.[6])[7])

Ausser in diesem technischen Sinne gebraucht man das Wort „Werkzeug“ auch noch in übertragener Bedeutung.[8])[9]) Von einer Darlegung der diesem Gebrauch des Wortes zu Grunde liegenden Auffassung kann mit Rücksicht auf den Zweck der Darstellung abgesehen werden.

Endlich bezeichnet man mit „Werkzeug“ auch gewisse Organe des Körpers,[10])[11]) doch kommt diese Bedeutung für uns ebenfalls nicht in Betracht.

§ 4.

Der Begriff der Gefahr.

Nachdem die Erörterung über den technischen Begriff des Werkzeugs eine Grundlage geschaffen hat für die Interpretation des Ausdrucks „Werkzeug“, wollen wir nunmehr versuchen, auch für die Er-

---

[5]) So Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 117 Note 12a (am Anfang).

[6]) Die objektiven Merkmale des Werkzeugs berücksichtigt auch Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, S. 155 f., nicht genügend.

[7]) Die technische Bedeutung des Wortes „Werkzeug“ ist die Grundbedeutung, alle übrigen beruhen auf ihr. Leider hat man sich bisher nur wenig mit dem Begriff des „Werkzeugs“ im technischen Sinne befasst. Es ist dies eine Hauptquelle für die Unklarheiten und Schwankungen in der Auffassung des strafrechtlichen Begriffs „Werkzeug“. Man verallgemeinert, ohne die Basis zu kennen, von der man auszugehen hat, und kann infolgedessen auch nicht beurteilen, wie weit man sich von ihr entfernen darf, ohne dass der Begriff verblasst und zu einem wesenlosen und damit wertlosen Schemen wird.

[8]) Sh. S. 11 A. 1. sub 2 a und b.

[9]) So z. B. in dem Satze: Die aufgefundenen Briefe und der von ihm reich belohnte Minister dienten ihm nunmehr als Werkzeug für die Vollendung seines Planes.

[10]) Sh. S. 11 A. 1 sub 2 c.

[11]) So nennt man z. B. die Organe für die Athmung „Athmungswerkzeuge“ etc. etc.

klärung des Wortes „gefährlich“ eine Basis zu gewinnen. Zu diesen Zweck muss auf den philosophischen Begriff der Gefahr etwas nähe eingegangen werden.

Zunächst kommt für denselben in Betracht das Moment de: Schadens.

Nur da spricht man von Gefahr, wo es sich um den Eintrit eines Schadens, oder, wie man sich auch auszudrücken pflegt, um dei Eintritt eines schädigenden Ereignisses[1]) handelt. So sagt man z. B nicht: es besteht die Gefahr, dass ich in der Lotterie gewinne, woh aber: es besteht die Gefahr, dass ich im Duell getötet werde.

Schaden[2]) ist nun keineswegs zu identifizieren mit Nachteil. Nich jeder beliebige Nachteil verdient die Bezeichnung Schaden. Vielmeh ist der letztere Begriff enger als jener. Während es nämlich zu Konstatierung eines Nachteils schon genügt, einen Vergleich zu zieher zwischen der Lage beim Ausbleiben und nach Eintritt des Ereignisses muss zur Annahme eines Schadens ausserdem noch eine bestimmte Wertung des zweiten Zustandes hinzukommen. Wenn ich z. B. zu einer Vorstellung nicht Zutritt erhalte, weil Eintrittskarten nicht meh zu haben sind, so bin ich zweifellos im Nachteil gegenüber denjenigen die solche erhalten haben und derselben beiwohnen können. Es ergieb dies der soeben erwähnte Vergleich. Ganz anders liegt z. B. dei Fall, dass jemandem im Kriege durch ein Sprengstück der Arm zerschmettert wird, oder dass man einen Tausendmarkschein verliert Hier beschränkt man sich nicht darauf, in dem Urteil den obei gekennzeichneten Vergleich zu ziehen, sondern bewertet in bestimmte Weise und an demselben Objekt den Zustand nach Eintritt des Ereignisses gegenüber dem vor Eintritt desselben. Wir fragen uns nämlich: enthielt das Ereignis einen Angriff auf unsere Existenz, sind unsere Existenzbedingungen durch den Eintritt desselben beschränk

[1]) Die beiden Ausdrücke besagen nicht dasselbe. So auch insbesondere Gebauer, Die sogenannte Lebensversicherung, S. 193 ff. Der erste bezeichnet das Endglied, der zweite das wichtigste Glied in der Kausalreihe. Der erstere ist korrekter der letztere insofern präciser, als ein und derselbe Schaden durch verschiedene Schadensursachen bedingt sein kann. Da wir uns nun die Kausalreihe doch imme bis zu der Wirkung „Schaden“ vervollständigt denken, können wir ohne Bedenke den zweiten Ausdruck verwenden, zumal auch schon die Prädizierung „schädigend“ auf den faktischen Eintritt des Schadens hinweist.

[2]) Die Entwicklung dieses Begriffs ist in der Litteratur ebenfalls fast gan vernachlässigt.

worden?[3]) Es handelt sich also hier nicht um Nachteile von untergeordneter Bedeutung, sondern um eine Verletzung der wichtigsten Interessen des Menschen, die nun aber auch wieder durchaus nicht die Existenz völlig zu untergraben braucht; es genügt, wie erwähnt, eine Beschränkung ihrer Grundlagen.

Aus dem jedem Menschen innewohnenden Selbsterhaltungstriebe folgt nun ohne weiteres, dass eine Beschränkung der Existenzbedingungen in dem von ihr Betroffenen ein Gefühl der Unlust erregen muss. Trotzdem ist es nicht überflüssig, auch das letztere Moment für den Begriff des Schadens ausdrücklich zu betonen. Denn es giebt Ausnahmefälle, in denen eine Beschränkung der genannten Art eine solche Wirkung nicht äussert.[4]) Nehmen wir z. B. an, es habe jemand für einen wohlthätigen Zweck einen Teil seines Vermögens hingegeben, so hat er zwar seine wirtschaftlichen Existenzbedingungen beschränkt, doch wird er dabei keineswegs ein Unlustgefühl empfinden, und demgemäss auch nicht von Schaden reden. Es hängt dies natürlich auch damit zusammen, dass die Beschränkung im vorliegenden Falle gewollt ist; bei einem Schaden wird dieselbe meist gegen den Willen des Geschädigten erfolgt sein.

Ausser der Vorstellung eines Schadens ist dem Begriff der Gefahr wesentlich eine gewisse Unbestimmtheit seines Eintritts.

Der Eintritt des Schadens darf also zunächst nicht als sicher gelten. Ein zum Tode verurteilter Delinquent, welcher von der Vollstreckbarkeit des Urteils in Kenntnis gesetzt ist, wird nicht mehr davon sprechen, dass die Gefahr der Hinrichtung besteht.

Umgekehrt kann auch nicht mehr von Gefahr die Rede sein, wenn es sich um grundlose Vermutungen handelt. So sagt man z. B. nicht: es besteht die Gefahr, dass im Jahre 2000 die Welt untergeht, ein Krieg ausbricht etc.

Die Schwierigkeit liegt nun in der richtigen Abgrenzung dieser Gegensätze, in der genaueren Charakterisierung jener Unbestimmtheit im Begriff der Gefahr.

Hierfür ist auszugehen von dem Gesetze der Kausalität. Die Erfahrung lehrt uns, dass nichts in der Aussenwelt willkürlich geschieht,

---

[3]) Dieses Moment betont Gebauer a. a. O. S. 190 A. 1, dem wir uns im Resultate anschliessen.

[4]) So auch Gebauer a. a. O. S. 191 in der Anmerkung 1 zu Seite 190, dessen Ausführungen das folgende Beispiel entlehnt ist.

sondern jedes Geschehen sich mit Naturnotwendigkeit vollzieht. Jede Wirkung ist zurückzuführen auf einen Komplex von Ursachen, jeder Erfolg ist durch Zustände und Ereignisse bedingt, die zeitlich vor ihm liegen. Je nach dem Grade nun, den die allgemeine oder individuelle Erkenntnis erreicht hat, werden wir in der Lage sein, sämtliche oder doch einzelne für ein Geschehen notwendige Ursachen anzugeben, und aus denselben eine genau geordnete Kausalreihe derart konstruieren können dass ein ununterbrochener naturnotwendiger Zusammenhang besteht zwischen den einzelnen Ursachen und ihrer Wirkung.

Der Kausalnexus kann nun deduktiv und induktiv untersucht werden Man kann nämlich von einem konkreten Erfolge ausgehen und rückwärts nach den für seinen Eintritt notwendigen Bedingungen forschen, wie dies z. B. der Gerichtsarzt thut, der an der Leiche die Todesursache feststellt, oder man betrachtet gewisse konkrete Zustände und Ereignisse als Bedingungen für einen Erfolg und prüft, ob sie in ununterbrochenem Kausalzusammenhange zu einem solchen führen. Dieser Weg schlägt z. B. der Chemiker ein, welcher untersucht, ob gewisse Nahrungsmittel gesundheitsschädlich sind.

Es ist klar, dass für den Begriff der Gefahr die letztere Methode in Betracht kommt. Denn ihm ist ja wesentlich, dass der Eintritt des Erfolgs unbestimmt ist. Man nimmt also für die Beurteilung einer Gefahr stets einen vor dem Eintritt des Erfolgs liegenden Standpunkt ein, mag nun ersterer noch ausstehen oder thatsächlich vorliegen.[5])

Hieraus erklärt sich nun ohne weiteres die Unbestimmtheit in dem Begriff der Gefahr. In dem Augenblick, wo man von Gefahr

[5]) Auffälliger Weise ist dieses Moment, soweit Nachforschungen angestellt werden konnten, in der bisherigen Litteratur über den Begriff der Gefahr fast gar nicht benutzt worden, und doch scheint es die einzig mögliche Basis zu sein für eine Analyse des Begriffs der Möglichkeit und der ihm verwandten Begriffe der Wahrscheinlichkeit, Notwendigkeit, Unmöglichkeit und des Zufalls.

J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 5, erwähnt zwar unter seinen allgemein bezeichneten Bedingungen für den Eintritt eines Erfolgs auch die nur partiell bezeichneten, ohne jedoch gerade diesen richtigen Gedanken weiter zu verfolgen und für die Entwicklung des Möglichkeitsbegriffs zu verwerten. Nur beiläufig kommt er einmal auf den Zeitpunkt der Betrachtung zu sprechen; sh. l. c. S. 75 und S. 88.

Auch Lammasch, Handlung und Erfolg, S. 237 ff., dessen Gefahrsdefinition der unsren am nächsten kommt, hat bei der Ableitung derselben den obigen Gedanken nicht durchgeführt. Er erwähnt denselben erst kurz vor der Definition der Gefahr und auch da nur gelegentlich eines Exkurses über die Unmöglichkeit; vgl. l. c. S. 239

spricht, ist die Kausalreihe noch nicht abgeschlossen. Es steht zwar ein Erfolg in Aussicht, insofern Bedingungen gegeben sind, die nach allgemeiner Erfahrung in kausale Beziehung mit dem vorgestellten Erfolg gebracht werden können, ihn herbeizuführen vermögen, doch ist sein Eintritt noch unbestimmt, weil nur einzelne Glieder der Kausalreihe uns bekannt und von uns erkannt sind.

Es hängt dies, wie leicht einzusehen ist, damit zusammen, dass unsere Erkenntnis zeitlich und graduell beschränkt ist. Ein Teil der Glieder ist uns also unbekannt, weil dieselben der Zukunft angehören, die übrigen sind von uns unerkannt, weil ihre Existenz sich unserer Einsicht überhaupt entzieht.

Bezeichnen wir also die erkennbaren Glieder der Kausalreihe, d. h. diejenigen für einen Erfolg notwendigen Bedingungen, welche wir nach Eintritt desselben deduktiv aufzufinden vermögen, mit Ziffern von 1—10 und nehmen wir an, dass die Reihe in dem Augenblick, wo wir urteilen sollen, bis 5 sich entwickelt hat, so sind von uns erkannt die Glieder 1—5, da sie der Vergangenheit und Gegenwart angehören, 5—10 sind als zukünftige noch unerkannt. Ganz ausserhalb von 1—10 liegen die für uns überhaupt nicht erkennbaren Glieder, die man im gewöhnlichen Leben fälschlich als zufällige zu bezeichnen pflegt.[6])

Wenn nun also bloss die Momente 1—5 für den Erfolg gegeben sind, und diese nach den Grundsätzen unserer Erfahrung in kausale Beziehung mit ihm gebracht werden können, mit anderen Worten, wenn wir mit der Vorstellung der Bedingungen 1—5 die des Erfolges erfahrungsgemäss kausal verknüpfen können, so wollen wir die Unbestimmtheit in diesem Sinne als Möglichkeit bezeichnen.

Danach ist der Eintritt eines Ereignisses dann möglich, wenn zwischen dem vorgestellten Erfolg und den erkannten Bedingungen desselben ein Kausalnexus denkbar ist.[7])

---

[6]) Insofern gewisse Momente erfahrungsgemäss immer und immer wieder als Bedingungen für einen bestimmten Erfolg auftreten, kann man mit J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 5, von allgemeinen Bedingungen dieses speziellen Erfolges sprechen. Sie sind natürlich in den Gliedern 1—5 mit enthalten. Ihnen gegenüber dürfen jedoch die übrigen Bedingungen nicht als unwesentlich bezeichnet werden. Vgl. auch u. S. 27 A. 18. Vielfach charakterisieren sich die allgemeinen Bedingungen nur als Gruppen von Bedingungen, welche unter einem gemeinschaftlichen Gesichtspunkt zusammengefasst sind.

[7]) Die Begriffe der Notwendigkeit und Unmöglichkeit unterscheiden sich zunächst von unsrem Begriff der Möglichkeit dadurch, dass sämtliche Glieder der

In dieser Definition ist ein subjektives Moment mit einem objektiven verbunden. Das subjektive liegt in der Mitwirkung unserer Erkenntnis, das objektive in der Verwertung des Kausalitätsgesetzes.[8])

Bedingungsreihe vorliegen müssen; denn erst dann kann man ein so apodiktisches Urteil fällen. Gegenseitig unterscheiden sich die Begriffe dadurch, dass bei dem der Notwendigkeit ein Kausalzusammenhang in der Bedingungsreihe vorhanden ist, bei dem der Unmöglichkeit fehlt. Negativ kann man hiernach den Begriff der Möglichkeit auch in der Weise fassen, dass man sagt, der Eintritt des Erfolgs darf weder unmöglich noch notwendig sein.

[8]) In der letzteren Beziehung stimmt unser Begriff mit dem von J. v. Kries entwickelten Begriff der objektiven Möglichkeit in gewissem Sinne überein. J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 6, nennt „das Eintreten eines Ereignisses unter gewissen ungenau bestimmten Umständen dann objectiv möglich, wenn Bestimmungen dieser Umstände denkbar sind, welche gemäss den factisch geltenden Gesetzen des Geschehens das Ereigniss verwirklichen würden." J. v. Kries verlangt also wie wir ein Urteil „nomologischen" Inhalts. Während nun aber nach unsrem Begriff dem Urteil die erkannten Bedingungen zu Grunde gelegt werden, die Unbestimmtheit darin gesehen wird, dass nur ein Teil der Kausalreihe abgeschlossen vorliegt, erklärt J. v. Kries die Unbestimmtheit durch das Vorhandensein eines Spielraums von verschiedenen besonderen Verhaltungsweisen, der darauf beruht, dass die Bedingungen für den Erfolg nur ungenau angegeben sind, sei es dass sie nur generell oder nur partiell bezeichnet sind. Hierbei hat unsrer Ansicht nach J. v. Kries übersehen, dass die Glieder der Kausalreihe nicht willkürlich angeordnet sind, sondern eine fest bestimmte Reihenfolge haben, und dass die Kausalreihe in dem Augenblick, wo wir ein Urteil über die Gefahr fällen, noch nicht abgeschlossen ist. Dementsprechend ist auch unberücksichtigt geblieben, dass wir für die Beurteilung einen bestimmten Standpunkt in der Kausalreihe einnehmen, und die Unbestimmtheit gerade dadurch charakterisiert wird, dass wir die hinter diesem Standpunkt liegenden Bedingungen nicht kennen. Für die Unrichtigkeit der J. v. Kries'schen Auffassung spricht insbesondere, dass gerade der Versuch, die partiell bezeichneten Bedingungen unter die allgemein bezeichneten unterzubringen, als absolut gescheitert betrachtet werden muss. Er sagt nämlich l. c. S. 5: „Die Bezeichnung der Umstände ist alsdann eine allgemeine einfach dadurch, dass sie eine partielle ist; sie schliesst die Gesamtheit der Verhaltungsweisen ein, welche in den unbestimmt gelassenen Hinsichten bestehen können." Der Begriff des Spielraums, der nur für die generell bezeichneten Bedingungen passt, ist hier durch analoge Konstruktion in den Gedankengang künstlich hineingebracht, demnach auch der ganze Passus absolut unklar gefasst. Auf weitere Einzelheiten kann hier leider nicht eingegangen werden.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 12 ff., schliesst sich bezüglich des Begriffs der Möglichkeit der J. v. Kries'schen Auffassung im wesentlichen an, sodass es einer besonderen Widerlegung seines Standpunktes nicht bedarf.

Im Gegensatz zu J. v. Kries steht Finger, Der Begriff der Gefahr etc.

Bisher hatten wir für die Beurteilung einer Gefahr nur die Momente 1—5 in Betracht gezogen. Wenn nun auch die Bedingungen 5—10 nicht erkannt sind, ein objektives Urteil somit nicht zulassen, so kann es doch vorkommen, dass äussere Umstände oder gewisse beschränkte Erfahrungen [9]) zu Schlüssen berechtigen. Dieselben charakterisieren sich dann natürlich als subjektive Vermutungen, da sie auf Erwägungen intellektueller, nicht kausaler Gesetzmässigkeit beruhen.

Ergiebt sich nun bei diesen Erwägungen, dass man berechtigt ist, das Ausbleiben oder die Ablenkung ungünstiger, oder das Existentwerden günstiger Bedingungen zu erwarten, tritt also zu der nach den erkannten Bedingungen objektiv beurteilten Möglichkeit die durch Schlüsse auf die unbekannten Bedingungen begründete subjektive Erwartung des Erfolgs, so können wir die Unbestimmtheit in diesem Sinne als Wahrscheinlichkeit bezeichnen.

Demnach ist der Eintritt eines Ereignisses dann wahrscheinlich, wenn zwischen dem vorgestellten Erfolg und den Bedingungen desselben,

---

S. 6 ff., auf einem rein subjektiven Standpunkt. Nach ihm hat der Satz „b ist die mögliche Folge von a" eine zweifache Bedeutung: entweder es soll „so viel besagen, wie, es liegt weder im Begriffe a, noch in jenem b ein Zwang den Letzteren als Folge des Ersteren zu denken, kein Zwang, sie auch bezüglich dieser Aufeinanderfolge völlig von einander auszuschliessen"; oder es bedeutet „so viel, wie, ich weiss nicht, wie sich beide zu einander verhalten, vielleicht folgt auf a ein b". Während J. v. Kries ausschliesslich den „nomologischen" Inhalt des Möglichkeitsurteils betont, stellt Finger lediglich die Subjektivität desselben in den Vordergrund. Die beiden von ihm angeführten Arten der Möglichkeit unterscheiden sich dadurch, dass bei der ersteren das objektive Moment noch scheinbar vorhanden ist, bei der letzteren dagegen ganz fehlt. Das Unrichtige in der Finger'schen Auffassung scheint nun darin zu liegen, dass er von dem Begriff der Unmöglichkeit ausgeht, bei dem, wie wir gesehen haben, die Bedingungsreihe abgeschlossen vorliegt. Daher kommt es, dass er die Teilexistenz der Kausalreihe im Augenblick der Urteilsfällung übersieht. Dies führt ihn zu dem verhängnisvollen Irrtum, jeden Kausalnexus zu leugnen, und die Unbestimmtheit lediglich auf die „Ignoranz des urteilenden Individuums" zurückzuführen. Damit hat sich Finger die Basis für die Entwicklung eines irgendwie brauchbaren Möglichkeitsbegriffs vollkommen entzogen. Die Folgen zeigen sich deutlich in den von uns citierten Stellen, die in ihrer negativen Form so gut wie nichts besagen. In dem zweiten von ihm angeführten Fall kann man überhaupt nicht mehr von einem wissenschaftlichen Begriff der Möglichkeit sprechen.

[9]) Hierher würden z. B. durch die Statistik festgestellte Thatsachen gehören, deren Kausalreihe noch nicht ergründet ist.

soweit dieselben erkannt und erwartet sind, ein Kausalnexus d
bar ist.[10])

Es ist nun ohne weiteres klar, dass überall da, wo es sich
objektive Merkmale eines Thatbestandes handelt, nur der Begriff
Möglichkeit verwendet werden kann, während der der Wahrscheinlicl

---

[10]) In der bisherigen Litteratur über die Gefahr ist der Begriff der V
scheinlichkeit nur wenig aufgeklärt und dementsprechend auch höchst mang
abgegrenzt von dem der Möglichkeit. Man fasste die Wahrscheinlichkeit a
einen höheren Grad von Möglichkeit, so allem Anscheine nach v. Rohland,
Gefahr im Strafrecht, S. 1, oder als die subjektive Erwartung des Eintritts
Ereignisses von seiten eines einzelnen Individuums, so im wesentlichen J. v. K
Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 6, und Finger, Der B
der Gefahr etc., S. 13, ohne dies jedoch in befriedigender Weise begründ
können. Aus unsrem Gedankengange erklärt sich sowohl das zweite wie das
Moment. Subjektiv ist die Erwartung, weil sie sich auf die Bedingungen 5—1
zieht; als höherer Grad von Möglichkeit erscheint sie, weil sie zu dem objek
Urteil über die letztere hinzukommt. Ausserdem glauben wir die Begriffe
Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit scharf trennen zu können, während
J. v. Kries, l. c. S. 68, selbst zugeben muss, dass sein Begriff der allge
giltigen Wahrscheinlichkeit mit einer gewissen objektiven Möglichkeit identisch
Nur dadurch wird es verständlich, dass J. v. Kries, der im übrigen auf e
extrem objektiven Standpunkte steht, wenigstens an einer Stelle, l. c. S. 66
Gefahr definiert als „die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines schädig
Ereignisses". Ebenso auffällig und nur durch die mangelhafte Abgrenzung
Begriffe zu erklären ist der Umstand, dass bei Finger, l. c. S. 13, der B
der Wahrscheinlichkeit viel objektivere Momente enthält als der der Möglic
wie sich aus folgendem Passus ergiebt: „Die handelnden Individuen pflegen
die vorzunehmenden Handlungen nach dem Massstabe des erwähnten Erfahr
durchschnittes zu prüfen, wobei ein näher schlechthin unbestimmbares Mass
Erwartung eines künftigen Ereignisses die Grundlage dessen bildet, was wir V
scheinlichkeit nennen." Vgl. hierzu die Citate in Anmerkung 8 zu Seite 20. v.
land auf den Unterschied überhaupt nicht näher ein und ist dementsprechend
in der Ausdrucksweise nicht immer konsequent; vgl. S. 1 (am Anfang).

Am nächsten kommt unsren Ausführungen über die Wahrscheinlichkeit Sie
haar, Der Begriff der Gemeingefährlichkeit etc., S. 248. Er sagt: „Spricht ma
Wahrscheinlichkeit, so liegt darin das Urteil: Es kann nach allgemein mensch
Erfahrung und nach den Gesetzen des Ursachzusammenhanges in einem I
nisse die voraussichtliche Ursache einer in der nächsten Zukunft liegenden
änderung in der Aussenwelt erblickt werden, welche in der Mehrzahl gleichgea
Fälle erfahrungsgemäss auch wirklich eingetreten ist oder eintritt." Sieben
hätte nur betonen müssen, wodurch sich diese zweite Erfahrung von der zuers
nannten unterscheidet, und auf welche Bedingungen sich das aus ihr abgeleitet
teil bezieht.

dort von Bedeutung ist, wo man ein Interesse daran hat, die subjektive Auffassung eines Thatbestandes von seiten eines bestimmten Individuums zu berücksichtigen.[11])

Hieraus folgt für den Begriff der Gefahr, dass, je nachdem wir zur Charakterisierung des ihm wesentlichen Moments der Unbestimmtheit den Begriff der Möglichkeit oder den der Wahrscheinlichkeit verwenden, wir eine Gefahr im objektiven Sinne und eine Gefahr im subjektiven Sinne unterscheiden müssen.[12])

Nachdem wir nunmehr die dem Begriff der Gefahr wesentlichen Momente des Schadens und der Unbestimmtheit seines Eintritts näher charakterisiert haben, gelangen wir zu folgenden Definitionen des Begriffs Gefahr:

Gefahr im objektiven Sinne ist die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses.

Objektiv gefährlich ist ein Thatbestand, welcher die Möglichkeit für den Eintritt eines schädigenden Ereignisses bietet.

Gefahr im subjektiven Sinne ist die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses.

Subjektiv gefährlich ist ein Thatbestand, welcher die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines schädigenden Ereignisses bietet.[13])

---

[11]) Als Beispiele aus dem Strafgesetzbuch können hier angeführt werden für den ersten Punkt die sogenannten Gefährdungs- (Abschnitt XXVII St.G.B.) und Polizeidelikte (Abschnitt XXIX St.G.B.), für den zweiten der Notstand im weiteren Sinne (§§ 52 und 54 St.G.B.).

[12]) Auch J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 101 f., geht auf den oben gekennzeichneten Unterschied ein und modifiziert mit Rücksicht auf den zweiten Fall seinen Gefahrbegriff. Er hält es für richtiger, „in den Bestimmungen dieser Art das Wort Gefahr zu vermeiden". Nur soweit man, wie J. v. Kries dies thut, lediglich objektive Momente für die Grundbegriffe der Gefahr in Betracht zieht, ist ein solches Postulat berechtigt.

[13]) Soweit wir die Kontroverse schon bei dem Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitsbegriff erledigt haben, können wir uns hier darauf beschränken, die nach der Auffassung der Unbestimmtheit verschiedenen Definitionen lediglich zu citieren.

Siebenhaar, Der Begriff der Gemeingefährlichkeit etc., S. 250, definiert seinen Begriff der Gefährdung, die er mit v. Liszt als grössere Gefahr bezeichnet, folgendermassen: „Gefährdung ist jener Zustand, der nach unserer Erfahrung in der Mehrzahl der Fälle zum Erfolge führt".

J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 68, bezeichnet als Gefahr „die objective Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses".

Im Anschlusse hieran ist noch auf einige weitere Arten der Gefahr einzugehen.

Wir erwähnten oben, dass man sich für die Beurteilung eines

---

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 1, versteht unter Gefahr „die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines verletzenden Ereignisses, die mehr oder minder gesteigerte Möglichkeit seines Eintretens".

Finger, Der Begriff der Gefahr etc., S. 21 ff., giebt keine besondere Definition der Gefahr, sondern erklärt nur, dass „die objektiven Verhältnisse" „jedesmal nur die Veranlassung zu einem Schlusse" sind, „den wir bezüglich der thatsächlichen Gestaltung der concreten Verhältnisse in der Aussenwelt machen". Es bilde sich allmählich ein Durchschnittsurteil, und „dieses Durchschnittsurteil wird der allgemeine Massstab dafür, ob eine Situation für gefährlich zu halten sei oder nicht".

Daneben müssen wir noch einige andere Auffassungen des Begriffs der Gefahr anführen, die erst an dieser Stelle ihre Besprechung finden können.

Was zunächst die Hertz'sche Ansicht anbetrifft, so war uns für ihre Berücksichtigung nur zugänglich das bei Finger, Der Begriff der Gefahr etc., S. 2 A. 1, abgedruckte Citat aus Hertz, „Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, S. 73 ff.". Soweit aus einem Fragment sich überhaupt die Ansicht eines Schriftstellers entnehmen lässt, scheint Hertz das Vorhandensein objektiver Momente im Begriff der Gefahr absolut in Abrede zu stellen. Er sagt: „Entscheidend für das Vorhandensein der Gefahr ist lediglich unser subjectives Meinen und Dafürhalten", und weiter: „Für eine ausgebliebene Verletzung giebt es keine objectiven Voraussetzungen". Aus diesen Citaten ersieht man, zu welchen Konsequenzen es führt, wenn man das von uns betonte Moment unberücksichtigt lässt. Der letzte Satz zeigt ganz deutlich, dass Hertz den Zeitpunkt für die Beurteilung der Gefahr nicht beachtet hat. Hiernach sind seine Ausführungen zwar erklärlich, aber unserer Ansicht nach auch durchaus unhaltbar.

Eine weitere hier noch anzuführende Definition der Gefahr ist die von Lammasch, Handlung und Erfolg, S. 240, aufgestellte. Dieselbe lautet: „Gefahr ist also der Name einer nicht vollkommen übersehbaren Situation, in welcher einzelne Antecedentien eines verletzenden Erfolges erkennbar sind, während es zweifelhaft ist, ob die übrigen, zum wirklichen Eintritte dieses Verletzungserfolges noch erforderlichen Antecedentien ebenfalls entweder schon existiren, beziehungsweise noch zur Existenz gelangen werden, oder ob sie für den in Frage stehenden Zeitpunkt deficiren." Wie bereits erwähnt, kommt diese Definition der unsrigen am nächsten. Leider ist auch Lammasch nicht von vornherein von dem Zeitpunkt der Beurteilung ausgegangen, offenbar abgelenkt dadurch, dass er zunächst nicht ganz allgemein die Beziehungen des Erfolgs zu seinen Bedingungen in Betracht zog, sondern mit Rücksicht auf den Zweck seiner Abhandlung von Anfang an „die Relation des Verbrechenserfolges zu dem verbrecherischen Acte" ins Auge fasste. Dass trotzdem in der Definition noch die Hauptpunkte hervorgehoben sind, ist dem Umstande zu verdanken, dass Lammasch unmittelbar vor der Definition bei einer Erörterung über die Un-

Thatbestandes auf einen vor dem Eintritt des Ereignisses liegenden Standpunkt stellen muss, sei es nun dass ein Erfolg vorliegt oder nicht.[14]) Die Verschiedenheit bezüglich des letzteren Punktes ist nun aber keineswegs bedeutungslos. Dadurch dass die Kausalreihe nach Eintritt eines Erfolgs abgeschlossen vorliegt, ist man häufig in der Lage, Bedingungen nachträglich zu berücksichtigen, die man vorher nicht erkennen konnte oder erwartet hat.

Insofern unterscheidet sich natürlich das Urteil ex post von dem ex ante. Den Inhalt des letzteren wollen wir abstrakte, den des ersteren konkrete Gefahr[15]) nennen.

Möglichkeit noch darauf kommt, dass dieser Begriff, wie der der Möglichkeit, „nur von Nichtexistirendem oder wenigstens von als nichtexistirend Vorgestelltem ausgesagt werden" könne. Kurz vorher hatte er noch ohne Berücksichtigung dieses Punktes erklärt: „Objectiv betrachtet, besteht jene Relation, welche man als Möglichkeit bezeichnet, niemals; die Antecedentien reichen entweder zu und dann ist es nothwendig, dass der Erfolg eintrete, oder sie reichen nicht zu und dann ist es nothwendig, dass er ausbleibe."

Zum Schlusse ist noch darauf hinzuweisen, dass v. Buri, Über den Begriff der Gefahr etc., S. 503, eine Handlung nur dann gefährlich nennt, wenn sie wirklich einen Zustand der Gefahr begründet. So lange eine Handlung noch nicht vorliegt, sei die Gefährlichkeit nur eine gedachte. Es beruht dies auf der vollkommenen Verkennung des subjektiven Moments im Möglichkeitsbegriff.

Auf alle übrigen nicht ausführlich begründeten Definitionen der Gefahr in strafrechtlichen Lehrbüchern, Kommentaren etc. etc. kann hier nicht eingegangen werden. Dieselben werden bei Besprechung des Standpunkts, welchen die Theorie mit Bezug auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs einnimmt, berücksichtigt werden.

[14]) Sh. o. S. 18.

[15]) Diesen von seiner generellen Gefahr verschiedenen Begriff erörtert auch J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 69 ff., nur dass er nicht nach dem für die Beurteilung einzunehmenden Standpunkt fragt, sondern nach der Art der Generalisierung der konkreten Thatbestandsmerkmale, da er ja zu generellen Bedingungen gelangen will.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 14, gelangt durch Ausserachtlassung des Zeitpunkts der Beurteilung zu einem ganz unklaren Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Gefahr. Er sagt: „Die concrete oder spezielle Gefahr ist also die durch das Wirken der Ursache zu dem Erfolg hin gegebene thatsächliche Möglichkeit einer Rechtsgüterverletzung." „Die abstrakte oder generelle Gefahr dagegen lässt sich bezeichnen als die aus dem Gattungscharakter der vorgenommenen Handlung hervorgehende Möglichkeit der Entstehung einer Ursache zu einer Rechtsgüterverletzung."

Finger, Der Begriff der Gefahr etc., S. 29 ff., unterscheidet zwar auch

Für den letzteren Begriff macht es nun wieder einen Unterschie aus, ob man von der nachträglichen Berücksichtigung nur die sogenannte zufälligen Momente ausschliesst, oder auch gewisse erkennbare. I ersteren Falle kann man sprechen von einer konkreten Gefahr i engeren Sinne, im letzteren von einer konkreten Gefahr im weitere Sinne.[16])

Die konkrete Gefahr im weiteren Sinne wird gleichwertig m der abstrakten, wenn man für die Beurteilung nach dem Eintritt ein Erfolgs denselben Standpunkt in der Kausalreihe einnimmt, wie ma ihn vor Eintritt desselben eingenommen hätte.

Praktisch wird der Begriff der konkreten Gefahr insbesonde dann, wenn der vorgestellte Erfolg nicht eingetreten ist, und ma prüfen will, ob trotzdem eine Gefahr vorlag.[17]) Man muss dann v allen Dingen feststellen, welche Art der Gefahr in Betracht komm und bei welchem Gliede der Reihe man mit dem Urteile einzusetzen hat.[1

Zum Schlusse müssen wir noch auf den Grad der Gefahr z sprechen kommen.

Für denselben sind beide Momente im Begriff der Gefahr z berücksichtigen.

Was zunächst die Arten der Unbestimmtheit anbetrifft, so woll wir hier immer nur von der Möglichkeit sprechen. Was von ihr g sagt wird, gilt analog für die Wahrscheinlichkeit. Denn die Unte suchung hält sich innerhalb der für die Möglichkeit beziehungsweise Wah scheinlichkeit in Betracht kommenden Gruppe von Bedingungen, wob es dann natürlich gleichgültig ist, ob dieselben objektiv wahrgenomm oder subjektiv vermutet sind.

Da wir es hier, wie bereits angedeutet, wieder mit der Kaus reihe zu thun haben, so wollen wir dieselbe zunächst noch einm durch ein Beispiel erläutern. Nehmen wir den Fall an, dass ei Granate aus einem Mörser abgeschossen wird, so kennen wir vor alle drei Kräfte als Bedingungen für das Eintreffen derselben am Zi die Ausdehnung der Pulvergase, die Anziehungskraft der Erde u

---

zwischen abstrakter und konkreter Gefahr, vermischt diese Begriffe aber im La der Darstellung mit den sogleich zu erörternden Unterarten der konkreten Gefahr

[16]) J. v. Kries, l. c. S. 69 ff., unterscheidet in analoger Weise die absol Gefahr von der Gefahr im weiteren Sinne.

[17]) Speziell diesen Fall betreffen die Ausführungen von J. v. Kries l.

[18]) In entsprechender Weise stellt J. v. Kries, l. c. S. 73, diese Regel a

den Widerstand der Luft, und zwar wirken sie alle drei in verschiedener Richtung: die Pulvergase steil aufwärts, die Anziehungskraft senkrecht abwärts, die Luft entgegen der durch die beiden ersten Kräfte bedingten Richtung des Geschosses. Die Resultante sämtlicher Kräfte ist die konkrete Geschossbahn. Hierdurch wird ersichtlich, dass, wenn wir eine konkrete, zu einem bestimmten Erfolg führende Kausalreihe ins Auge fassen, die Glieder derselben nicht nur dieser Hauptkausalreihe angehören, sondern selbst wieder Glieder von Nebenkausalreihen sind. Diese letzteren haben ihre eigene Richtung, die entweder von vornherein nach dem Ziel der Hauptkausalreihe geht,[19]) oder bei dem Zusammentreffen mit ihr in der Richtung nach dem durch sie bedingten Erfolg abgelenkt wird, oder dieser dauernd entgegengesetzt ist.

Um nun überhaupt von Möglichkeit sprechen zu können, müssen Glieder vorhanden sein, welche in der Richtung nach dem vorgestellten Erfolg wirken. Je kleiner ihre Zahl ist, je weniger sie der Unterstützung durch andre Momente bedürfen, desto wirksamer müssen sie selbst sein, wenn sie anders gerichtete ablenken, entgegenstehende Nebenkausalreihen überwinden sollen.

Dazu kommt ein weiteres. Je weniger nach verschiedenen Richtungen wirkende Kräfte vorhanden sind, desto konstanter ist die Richtung ihrer Resultante. Ist nur eine Kraft vorhanden, so führt sie in gerader Linie zum Erfolg. Sind zwei Kräfte vorhanden, so ist ihre Resultante ebenfalls noch eine gerade Linie. Kommt nun aber noch eine dritte hinzu, so wird aus der geraden Linie eine gebrochene. Die ursprüngliche Richtung der Resultante wird zum ersten Mal verändert, und dies geschieht so oft, als weitere anders gerichtete Kräfte hinzutreten. Je weniger Kräfte vorhanden sind, desto bestimmter ist ihre Richtung auf den Erfolg. Das angeführte Extrem, dass nur eine Kraft wirkt, zeigt dies deutlich.

Wir gelangen damit zu folgendem Resultat: Je geringer der Umfang des Bedingungskomplexes ist, welcher für die Konstatierung der Möglichkeit des Eintritts eines Erfolgs genügt, desto grösser ist die Wirkung der einzelnen Bedingungen, desto konstanter ihre Richtung auf den Erfolg, und desto mehr sein Eintritt gesichert.

---

[19]) Es sind dies die sogenannten allgemeinen Bedingungen des Erfolgs, die wegen ihrer bestimmten Richtung auf den letzteren als solche leicht zu erkennen sind und immer wieder erkannt werden. Vgl. o. S. 19 A. 6.

Bisher haben wir den Möglichkeitsgrad zurückzuführen versuch auf die aus der Grösse des vorhandenen Bedingungskomplexes sicl ergebende Beschaffenheit der einzelnen dem Erfolg günstigen Be dingungen. Daneben kommt nun aber auch noch in Betracht ih numerisches Verhältnis zu den ihm ungünstigen Bedingungen. Je meh mit der Hauptkausalreihe gleichgerichtete Nebenkausalreihen vorhande sind, desto grösser kann ihr Einfluss auf die divergierenden sein; j grösser die Zahl der dem Erfolg günstigen Bedingungen ist, dest mehr erscheint der Eintritt desselben gesichert.

Die Betrachtung des Moments der Unbestimmtheit im Begri der Gefahr mit Bezug auf ihren Grad führt somit zu dem Resulta dass die Gefahr graduell verschieden ist nach der Beschaffenheit de für den Erfolg günstigen Bedingungen und ihrem numerischen Ve hältnis zu den ihm ungünstigen.[20])

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, dass subjektiv für d Bestimmung des Grads der Gefahr auch das Moment des Schade in Betracht gezogen wird. Es beruht dies auf psychologischen Vo gängen.[21]) Der Zustand der Furcht, in den wir durch die Erwartu einer besonders schweren Schädigung versetzt werden, macht u skrupulös, lässt uns an jede noch so geringe Schadensmöglichk schon die Vorstellung jenes Schadens knüpfen. Allmählich macht si dann auch der Einfluss dieser Gefühlsmomente auf dem Gebiete d Verstandesthätigkeit geltend. Wir sind befangen bei der Beurteilu der Beziehungen zwischen den Bedingungen und dem schweren Erfo Daher kommt es, dass man in solchen Fällen schon bei klein Möglichkeitswerten von einer grossen Gefahr spricht. Die Schwe des in Aussicht stehenden Schadens wiegt den niedrigeren Möglichkei

---

[20]) J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. berücksichtigt nur den letzten Punkt für die Bestimmung des der Grösse der Gef zu Grunde liegenden Grads der Möglichkeit, und zwar ist dieser, wie Kries s ausdrückt, verschieden nach dem „Verhältniss des den Erfolg bewirkenden Spielrau zu dem gesammten". Die Beschaffenheit der einzelnen Momente kommt bei Kri schon für die Aufstellung der einen Spielraum von Verhaltungsweisen überhau erst zulassenden generellen Bedingungen in Betracht.

Finger, Der Begriff der Gefahr etc., S. 38 f., nimmt entsprechend seine subjektiven Standpunkte nur eine graduelle Verschiedenheit der Erwartung an.

[21]) Gleicher Ansicht Gebauer, Die sogenannte Lebensversicherung, S. 195.

grad auf.[22]) In gleicher Weise wie die Grösse des Schadens wirkt auch die zeitliche Nähe desselben in subjektiver Beziehung auf die Bestimmung des Grads der Gefahr ein.[23])[24])

2. KAPITEL.

Die Fassung des § 223a.

§ 5.

Ehe wir uns nach der allgemeinen Begriffserörterung der besonderen Interpretation des Begriffs „gefährliches Werkzeug" im § 223a St.G.B. zuwenden können, ist es unbedingt erforderlich, auf die Fassung des Paragraphen noch kurz einzugehen.

---

[22]) Entsprechende Ausführungen finden sich bei J. v. Kries, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit etc., S. 74, und Finger, Der Begriff der Gefahr etc., S. 34.

[23]) So auch Finger, l. c. S. 33.

[24]) Abgesehen von der Berücksichtigung dieser subjektiven Momente ist der gewöhnliche Sprachgebrauch auch insofern häufig inkorrekt, als er quantitative Unterschiede zu qualitativen macht. So spricht man vielfach von gefährlich und ungefährlich, von naher und entfernter Möglichkeit, obgleich in den meisten dieser Fälle nur graduelle Verschiedenheiten vorliegen. Dies hebt auch J. v. Kries, l. c. S. 66 f., hervor. Für den wissenschaftlichen Begriff der Gefahr kommen sämtliche objektiv erkannten Möglichkeitsgrade in Betracht, sodass, selbst wenn sie nur einen geringen Wert repräsentieren, doch immer von Gefahr gesprochen werden muss.

Gegenteiliger Ansicht bezüglich des letzteren Punktes ist J. v. Kries, l. c. S. 91. Er fordert „noch eine gewisse Festsetzung über den Grad der Möglichkeit", „der die Gefahr ausmachen soll". Nach unserer Definition genügt, dass überhaupt ein Kausalzusammenhang denkbar ist. Wir werden einen besonderen Grad der Gefahr nur da der Beurteilung eines Thatbestandes zu Grunde zu legen haben, wo ein bestimmter Sprachgebrauch berücksichtigt werden muss.

Nur mit Rücksicht hierauf kann man es billigen, wenn v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 16, sagt: „Auf Grund der regelmässigen Erscheinungsform schlägt somit im Sinne des täglichen Lebens und des Rechtes die quantitative Verschiedenheit in eine qualitative um."

Zum Schlusse ist noch darauf hinzuweisen, dass der Sprachgebrauch auch häufig die Verschiedenheiten zwischen Gefahr im engeren und weiteren Sinne, die geringere oder grössere Entfernung des für den Standpunkt bei der Beurteilung in Betracht kommenden Gliedes der Kausalreihe von dem Erfolg für quantitative oder qualitative Unterschiede verwertet.

Der für uns in Betracht kommende Anfang des § 223a St.G.B.[1]) lautet wörtlich:

„Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, ... begangen".

Hierbei ist zunächst die Interpunktion sehr auffällig. Es stehen Kommata nur hinter dem Worte „Waffe" und „Werkzeuges". Dadurch wird nach den üblichen Gesetzen des Sprachgebrauchs das Wort „Waffe" zum Oberbegriff gemacht, während der durch das Wort „insbesondere" eingeleitete Zwischensatz Unterarten dieses Begriffs angiebt. Diese Fassung führt nun zu den wunderbarsten Konsequenzen, die mit den Grundsätzen der Logik und des deutschen Sprachgebrauchs unvereinbar sind. Wir wollen davon absehen, dass auf der einen Seite der Passus „mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers" besagt, das Messer gehöre zu den Waffen, während dasselbe nach den Worten „insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges," zum gefährlichen Werkzeug gerechnet werden muss, und endlich auch noch davon absehen, dass die besondere Prädizierung „gefährlich" bei dem Worte „Werkzeug" zu dem Schlusse führen könnte, dass der Begriff der Waffe auch ungefährliche Werkzeuge umfasst. Das Hauptgewicht ist vielmehr darauf zu legen, dass im § 223a ein allgemeiner Begriff einem in diesem schon enthaltenen besonderen untergeordnet wird. Denn es kann nicht geleugnet werden, dass der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs" wenigstens nach deutschem Sprachgebrauch gegenüber dem der „Waffe" zweifellos der weitere ist,[2]) und demnach der Paragraph hätte lauten müssen: „Ist die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges, insbesondere einer Waffe oder eines Messers, . . . begangen worden".[3])

---

[1]) Citiert ist nach der Rüdorff'schen Textausgabe des Strafgesetzbuchs.

[2]) Unter Waffe im engeren technischen Sinne wird man jeden Gegenstand zu verstehen haben, der beim Angriff oder der Verteidigung bestimmungsgemäss zur Zufügung von Verletzungen benutzt wird. Der bestimmungsgemässe Gebrauch zur Zufügung von Verletzungen unterscheidet die Waffe von allen übrigen für diesen Zweck ebenfalls geeigneten Gegenständen und ist dem Begriff derselben aus diesem Grunde wesentlich. Hieraus folgt nun aber auch ohne weiteres, dass der Begriff der Waffe enger ist als der des gefährlichen Werkzeugs.

[3]) In ähnlichem Sinne äussern sich

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, S. 506 A. 1,

v. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 533 A. 8,

Doch für uns ist nun einmal die vorliegende Fassung massgebend, und wir haben somit nur noch zu prüfen, welche Bedeutung dieselbe für unsre Interpretation hat.

Es fragt sich nämlich, ob dieselbe von dem Oberbegriff der Waffe auszugehen hat, oder ob es dieser Basis nicht bedarf. Dabei ist zu erwägen, dass durch die Hinzufügung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs der Oberbegriff der Waffe seine enge technische Bedeutung verloren hat, denn sonst würde er diesen Begriff eben nicht mitumfassen. Man kann sagen, dass „Waffe" gleichbedeutend geworden ist mit „gefährlichem Werkzeug". Auf der andern Seite folgt aus dem Gebrauch des Ausdrucks „Waffe" an erster Stelle, dass dieser Begriff in seiner engen technischen Bedeutung für das „gefährliche Werkzeug" nicht mehr in Betracht kommen soll.[4])

Wir gelangen hierdurch zu einem Begriff des gefährlichen Werkzeugs im engeren Sinne des § 223a, den wir den folgenden Untersuchungen zu Grunde zu legen haben.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II S. 94,
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 223a No. 3,
A. v. Kries, Über den Begriff der Waffe etc., S. 35.

[4]) In diesem Sinne kann man davon sprechen, dass der Begriff des gefährlichen Werkzeugs mit dem der Waffe koordiniert ist.

II. Abschnitt.

Die logische Interpretation.*)

1. KAPITEL.

Der Begriff des Werkzeugs im § 223a St.G.B.

§ 6.

Unsre Untersuchung der Frage, was unter Werkzeug im Sinne des § 223a St.G.B. zu verstehen sei, muss natürlich von der Grundbedeutung des Wortes „Werkzeug“ ausgehen. Wie wir gesehen haben, charakterisiert sich als solche die technische.[1])

Während es sich nun bei dem Werkzeug im technischen Sinne um die Benutzung von Gegenständen zu gewerblichen oder künstlerischen Arbeiten handelte, kommt hier ausschliesslich ihr Gebrauch zum Zweck der angriffsweisen Zufügung einer Köperverletzung in Betracht. Wir werden nun zu prüfen haben, ob hiernach eine Erweiterung des Begriffs zulässig ist.

Insofern die Beschaffenheit jedes Werkzeugs verschieden ist nach dem Zweck, dem es dienen soll, kann eine Erweiterung des Begriffs zunächst darin nicht gesehen werden, dass mit Rücksicht auf das Objekt der Einwirkung geringere Anforderungen an die zur Hervorrufung derselben erforderliche Beschaffenheit des Werkzeugs gestellt werden.

---

*) Da bei unsrer Untersuchung wegen der Verschiedenheit der prinzipiellen Gesichtspunkte eine Anlehnung an die bisherige Litteratur nicht stattfindet, erscheint es zweckmässiger, den Begriff des gefährlichen Werkzeugs zunächst im Zusammenhange vollständig zu entwickeln, und den Standpunkt der Theorie in Verbindung mit dem der Praxis erst im Anschlusse hieran gesondert zu besprechen.

[1]) Vgl. o. S. 15 A. 7.

Vielmehr kommen hierfür nur diejenigen Momente in Frage, welche den Begriff des Werkzeugs von andern abgrenzen, und bei deren Variierung derselbe in seine Nachbarbegriffe übergeht.

Nach unsren obigen Ausführungen[1]) gehören hierzu zwei Punkte: Die Benutzung durch die Hand und die Benutzung zur mechanischen Einwirkung.

Darf nun nach dieser Beziehung eine Erweiterung vorgenommen werden, kann man zum Beispiel, abgesehen von dem Moment der Gefährlichkeit, den § 223a St.G.B. noch anwenden, wenn der Thäter den Verletzten auf die glühende Ofenplatte gelegt oder ihm Säure ins Gesicht gespritzt hat? Die beispielsweise angeführten Thatbestände lassen unschwer erkennen, dass es dem vernünftigen Sprachgebrauch widerstrebt, den Begriff des Werkzeugs auf derartige Fälle auszudehnen. Ob sich die Reichstagskommission die Tragweite des Ausdrucks klar gemacht hat, entzieht sich zunächst unsrer Kritik. Jedenfalls müssen wir an der Thatsache festhalten, dass im Gesetz nun einmal speziell der Ausdruck „Werkzeug", und nicht das Wort „Mittel", „Gegenstand", „Substanz" etc. gebraucht ist. Wir haben demnach kein Recht, den Begriff des Werkzeugs ohne weiteres mit jenen Begriffen zu identifizieren.

Das einzige Moment, welches hierzu verleiten kann, ist die Gleichheit, eventuell sogar grössere Schwere des Erfolgs: dies beweist doch aber nur, dass es zweckmässig gewesen wäre, diese Fälle in den Thatbestand des § 223a mit aufzunehmen.

Theorie und Praxis ist weder dazu berechtigt noch bestimmt, die Mangelhaftigkeit eines Ausdrucks, für die lediglich die gesetzgebenden Faktoren verantwortlich zu machen sind, durch masslose Erweiterung zu beheben. Dadurch verblassen nur die Begriffe und werden zu wesenlosen Schemen. Glaubt man, der Ausdruck sei zu eng, so ist das einzig berechtigte Mittel zu seiner Erweiterung die Novelle nicht die extensive Interpretation. Hier kann nur der Appell an den Gesetzgeber, nicht der an höhere Instanzen positiven Nutzen schaffen.

Für das geltende Recht müssen wir also an den wesentlichen Momenten des dem Ausdruck „Werkzeug" zu Grunde liegenden Begriffs festhalten.

Werkzeug im Sinne des § 223a ist demnach jeder Gegenstand, welcher der menschlichen Hand zur mechanischen Einwirkung auf den Körper eines andern dienen kann.

---

[1]) Sh. o. S. 11 ff.

2. KAPITEL.

Die Prädizierung „gefährlich" im § 223a.

I.

Der vorgestellte Erfolg.

§ 7.

Wie wir gesehen haben[1]), ist dem Begriff der Gefahr wesentlic die Vorstellung eines sich als Schaden charakterisierenden Übels.

Die Art des in Frage kommenden Schadens ist nun ohne weiter klar. Es handelt sich im § 223a um Körperverletzungen. Fraglich i nur, ob jede Körperverletzung unter den Begriff des Schadens fällt.

Um dies festzustellen, müssen wir zunächst den Begriff dies Delikts etwas näher erläutern. Natürlich kann an dieser Stelle a die vielen Kontroversen nicht eingegangen werden, die sich an denselb knüpfen. Vielmehr wollen wir uns darauf beschränken, die wichtigst Momente an der Hand des Gesetzes rein empirisch zu entwickeln.

Was unter Körperverletzung verstanden werden soll, giebt u in grossen Zügen das Gesetz selbst an. In § 223 Absatz 1 heisst nämlich:

> „Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich misshande oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzur mit Gefängniss bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis z eintausend Mark bestraft."

Es werden also hier zwei Arten der Körperverletzung unte schieden: die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsbeschädigun An Stelle des einen Begriffs sind zwei andre getreten, ohne da der erstere dadurch wesentlich klarer geworden wäre. Denn nunme fragt es sich: was ist unter körperlicher Misshandlung, und was unt Gesundheitsbeschädigung zu verstehen?

Aus der Hervorhebung dieser beiden Arten folgt zunächst i allgemeinen für den Begriff der Körperverletzung, dass derselbe, wi wir später noch genauer sehen werden, mehr umfasst, als das Wor an sich zu sagen scheint. Denn zunächst bezieht sich derselbe nich

[1]) Vgl. o. S. 16 f.

bloss auf chirurgische Verletzungen der körperlichen Integrität, sondern auch auf Fälle, denen dieses Merkmal fehlt. Sodann kommt für die Körperverletzung nicht bloss die körperliche, sondern auch die geistige Beschaffenheit in Betracht.

Im einzelnen fragt sich nun, was der Ausdruck „körperliche Misshandlung“ bedeutet. Die Silbe „Miss“ weist zunächst auf etwas Regelwidriges, Anormales, sodann aber auch auf die unangenehme Empfindung hin, die dasselbe in jemandem hervorruft. Von Missbrauch spricht man zum Beispiel, wenn der Gebrauch ein regelwidriger ist, aber auch nur dann, wenn er von jemandem mit Unlust empfunden wird. Wenn ich eine Cigarre an der Seite des Abschnitts anzünde, so ist das zweifellos ein regelwidriger Gebrauch, derselbe tangiert aber niemanden, und deshalb spricht man in einem solchen Falle auch nicht von einem Missbrauch der Cigarre. Ganz anders liegt zum Beispiel der Fall, dass jemand sich durch eine fremde Passepartoutkarte den Eintritt in eine Ausstellung verschafft. An einer solchen Handlung wird mit Recht Anstoss genommen, ein Gefühl der Unlust durch sie erregt. Eine körperliche Misshandlung wird also stets dann vorliegen, wenn erstens die Behandlung des Körpers eine anormale, regelwidrige ist, und zweitens dieselbe geeignet ist, ein Gefühl der Unlust hervorzurufen. Dass es exceptionelle Fälle giebt, in denen in concreto ein Unlustgefühl nicht hervorgerufen wird, hindert nicht, die Handlung als Misshandlung zu bezeichnen, da für die Beurteilung derselben Anomalien in dem Empfindungsvermögen des Verletzten nicht in Betracht gezogen werden können.

Ein wesentlich andrer Gesichtspunkt ist für die zweite Art der Körperverletzung, die Gesundheitsbeschädigung, massgebend. Während im ersten Fall die Folgen der Misshandlung für die Gesundheit gar nicht in Betracht gezogen wurden, wird hier eine Beschädigung der Gesundheit verlangt. Während ferner dort das Wort „körperlich“ ausdrücklich hinzugesetzt ist, fehlt es hier, ohne aus dem Zusammenhang ergänzt werden zu können. Das Wort „Gesundheit“ umfasst demnach sowohl die körperliche als die geistige Gesundheit.

Unter körperlicher Gesundheit wird man nun zu verstehen haben den Zustand des Wohlbefindens, welcher beruht auf der normalen Funktion der Organe des Körpers.[2])

---

[2]) Die normale Beschaffenheit der Substanz braucht insofern nicht besonders hervor-

Die geistige Gesundheit besteht in der normalen Funktion ‹ geistigen Kräfte auf dem Gebiete des Fühlens, Wollens und Erkenne

Das Wohlbefinden setzt normale geistige Funktionen vor (Gefühl), kommt daher als Kriterium nur für die körperliche, ni aber für die geistige Gesundheit in Betracht. Denn während körperlicher Krankheit regelmässig[3]) ein Gefühl der Unlust untrenn verbunden, somit für den Begriff derselben wesentlich ist, kann s mit geistiger Krankheit sehr wohl ein Gefühl der Lust paaren.[4])

Die Beschädigung der körperlichen Gesundheit besteht also einer Störung der normalen Funktionen der körperlichen Organe, wel geeignet ist, ein Gefühl der Unlust in dem Beschädigten hervorzuruf

Die Beschädigung der geistigen Gesundheit charakterisiert s durch eine Störung der normalen Funktionen des Geistes.

Aus den vorangegangenen Erörterungen ersehen wir, dass ‹ Begriff der Körperverletzung eine grosse Anzahl der Schwere n ganz verschiedener Erfolge umfasst, für die der Begriff des Schad nicht immer zutrifft. Wir haben also nun zu prüfen, welche Ar der Körperverletzungen für den Begriff des Schadens, und damit a für den der Gefahr in Betracht zu ziehen sind.

Nach den obigen Ausführungen[5]) ergiebt sich, dass zwei Mome dem Begriff des Schadens wesentlich sind, ein objektives: die I schränkung der Existenzbedingungen, und ein subjektives: die Erregu eines Unlustgefühls. Das subjektive Merkmal wird nun in fast al Fällen der Körperverletzung vorhanden sein, es müsste denn se dass das Empfindungsvermögen des Verletzten tierisch verroht o krankhaft gestört ist. Dieser Punkt liefert uns somit keinen Anh für die Abgrenzung, wohl aber das objektive Moment, insofern ni jede Körperverletzung unsre Existenzbedingungen beschränkt.

Die letzteren sind nun wieder ganz verschiedener Natur. I Mensch hat eine Existenz als lebendes Wesen, als wirtschaftlic Subjekt etc. etc. Welche Art der Existenz bedroht ist, zeigt am bes

---

gehoben zu werden, als jede Veränderung derselben auch eine Störung der Funkti zur Folge hat.

[3]) Abgesehen von gewissen Stadien chronischer Erkrankungen, die für uns i in Betracht kommen.

[4]) So fühlt sich ein von Grössenwahn Befallener in der vermeintlichen Herrs würde wenigstens in den Anfangsstadien seiner Krankheit meist sehr wohl.

[5]) Vgl. o. S. 16 f.

der konkrete Schaden. Bei Hagelschlag zum Beispiel handelt es sich um die Gefährdung der wirtschaftlichen, beim Brande neben dieser auch um die Gefährdung der persönlichen Existenz eines Menschen.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass für die Körperverletzung insbesondere die persönlichen Existenzbedingungen, oder, wie wir auch sagen können, die Lebensbedingungen eines Menschen in Frage kommen.

Das Leben des Menschen beruht nun auf den physiologischen Funktionen seiner Organe. Der normale Ablauf dieser Funktionen ist Bedingung für die Gesundheit, und diese wieder Bedingung für das Leben des Menschen. Jede Störung dieser Funktionen enthält also eine Beschränkung der Lebensbedingungen.

Hierunter fallen nun, wie wir gesehen haben,[*] alle im Gesetz mit dem Ausdruck „Gesundheitsbeschädigung" bezeichneten Körperverletzungen, und von den körperlichen Misshandlungen nur diejenigen, welche sich gleichzeitig als Gesundheitsbeschädigung charakterisieren. Es muss somit eine grosse Anzahl von Körperverletzungen, und zwar die Mehrzahl der körperlichen Misshandlungen, die meist viel harmloserer Natur sind und einen Angriff auf den menschlichen Körper als physiologischen Organismus nicht enthalten, von der Berücksichtigung bei Feststellung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs ausgeschlossen werden.

Ein Vergleich an praktischen Fällen wird dies klarer machen.

Wer einen andern mit einer Weidengerte schlägt, ohne ein Züchtigungsrecht zu haben, wird, selbst wenn er sich durchaus in den Grenzen der durch ein solches gegebenen Befugnisse gehalten hat, zweifellos wegen Körperverletzung bestraft werden. Durch diese Schläge werden nun aber in keiner Weise die Lebensbedingungen des Verletzten beschränkt. Die Folgen der Einwirkung auf den Körper sind lediglich Unlustgefühle, vorübergehende Schmerzen.

Anders liegt der Fall, wenn statt der Gerte eine Säge verwendet wird. Die Folgen der mit ihr ausgeführten Schläge sind Zerreissung der Nerven, Arterien, Venen, Muskeln, Bänder, Verletzung des Knochens etc., und die Folge davon wiederum Störung der physiologischen Funktionen des verletzten Organs, also insbesondere Lähmung der Muskeln, Störung der Cirkulation des Bluts etc. etc.

Wir bezeichnen nun trotz gleicher Verwendung wohl die Säge,

---

[*] Vgl. o. S. 36.

nien als aber die Weidengerte als gefährliches Werkzeug, weil wir nur bei der Benutzung jener zum Angriff auf den Körper eines Menschen uns als Folge die Beschränkung der Lebensbedingungen des passiv Beteiligten vorstellen.

Für diese Annahme sprechen auch die Qualifikationsgründe des § 223a. Nur bei einer Einwirkung, welche eventuell eine Störung der physiologischen Funktionen zur Folge hat, die Existenzbedingungen des passiv Beteiligten beschränkt, wird eine gewisse Rohheit der Gesinnung zu Grunde liegen, und nur diejenige Handlung wird als gefährlich erachtet werden können, bei welcher der Thäter ein Werkzeug wählt, um Erfolge zu erreichen, die er mit der Hand allein nicht erzielen kann. Im Gegensatz hierzu kann eine Qualifikation darin nicht gesehen werden, dass sich der Thäter eines Werkzeugs bedient, welches die Fähigkeiten der Hand so gut wie gar nicht vervollkommnet und durch die letztere bequem ersetzt werden kann.

Wir sind somit in der Lage, für die zur Beurteilung der Gefahr notwendige abstrakte Vorstellung eines schädigenden Ereignisses einen im Strafrecht bereits bekannten Begriff, die Gesundheitsbeschädigung, zu Grunde zu legen.

II.

Die Art der unbestimmten Beziehungen zwischen den gegebenen Bedingungen und dem vorgestellten Erfolg.

§ 8.

Der Begriff der Gefahr im Strafrecht hat an den verschiedenen Stellen, wo er gebraucht wird, meistens auch einen verschiedenen Inhalt. Es muss daher vor allen Dingen festgestellt werden, welche Art der Gefahr im § 223a St.G.B. gemeint ist.

Zunächst ist in dem genannten Paragraphen die Gefahr objektives Merkmal eines Thatbestandes. Es handelt sich also um eine Gefahr im objektiven Sinne. Dies lehrt ohne weiteres ein Vergleich mit den §§ 52[1]) und 54[2]) St.G.B., die den Notstand (im weiteren Sinne)

[1]) § 52 St.G.B.: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist.“

[2]) § 54 St.G.B.: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die

betreffen. Bei diesen ist die subjektive Beurteilung eines Thatbestands zu berücksichtigen, also eine Gefahr im subjektiven Sinne in Betracht zu ziehen. Während in unsrem Fall die Frage so zu stellen ist: kommt dem Gegenstand das Merkmal der Gefährlichkeit objektiv zu, lautet dieselbe bei den citierten Paragraphen: musste der Bedrohte den Zustand für gefährlich halten. Dort sind die allgemeinen Erfahrungsgrundsätze massgebend, hier die Ansicht eines einzelnen, und da dieser noch dazu passiv beteiligt ist, sich in einer beim Notstande im engeren Sinne sogar unverschuldeten „Gefahr für Leib oder Leben" befindet, so wäre es unbillig, von ihm ein objektives Urteil zu verlangen.

Des weiteren müssen wir prüfen, ob es sich um eine konkrete oder abstrakte Gefahr handelt. Hierfür ist massgebend, dass nach § 223a für die Strafbarkeit der Handlung der Eintritt einer Körperverletzung gefordert wird, somit zu der Zeit, wo die Gefährlichkeit des Werkzeugs zu beurteilen ist, die Kausalreihe bereits abgeschlossen vorliegt.

Haben wir damit festgestellt, dass für die sogenannte gefährliche Körperverletzung die konkrete Gefahr in Betracht kommt, so müssen wir ferner untersuchen, welche Unterart derselben zu berücksichtigen ist. Soll man nur die nicht erkennbaren oder, wie man auch zu sagen pflegt, die sogenannten zufälligen Bedingungen mit Rücksicht auf § 223a ausschliessen oder auch gewisse erkennbare?

Diese Frage ist überaus wichtig und von erheblicher Tragweite. Ehe wir dieselbe beantworten, wollen wir zunächst einige andre Deliktsgruppen des Strafgesetzbuchs betrachten, bei denen die Verhältnisse einfacher liegen. Vergleichen wir einmal den § 308[3]) St.G.B.

Handlung ausser dem Falle der Nothwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist."

[3]) § 308 St.G.B.: „Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer vorsätzlich Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine, Waarenvorräthe, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore in Brand setzt, wenn diese Gegenstände entweder fremdes Eigenthum sind, oder zwar dem Brandstifter eigenthümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im § 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen." etc.

mit den §§ 367 Zif. 8[4]) und 368 Zif. 7[5]), also die Brandstiftung unter Gemeingefahr für Eigentum oder Leben mit dem Schiessen „an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten“ beziehungsweise „in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen“. In beiden Fällen bezieht sich zwar die Gefahr auf die Verletzung der nämlichen Rechtsgüter, aber der Umfang der für den Eintritt derselben in Betracht gezogenen Bedingungen ist ein verschiedener. Dort handelt es sich um eine Gefahr im engeren, hier um eine Gefahr im weiteren Sinne. Bei den erwähnten Uebertretungen nimmt man für die Beurteilung der Gefahr einen ziemlich weit zurückliegenden Standpunkt in der Kausalreihe ein, begnügt sich mit der Bedingung, dass an den genannten Orten überhaupt geschossen worden ist. Weitere Bedingungen für das Eintreten des Erfolgs, sowie der Eintritt selbst bleiben dabei vollkommen unberücksichtigt; es ist also zum Beispiel ganz gleichgültig, ob der Thäter alle Vorsichtsmassregeln angewendet hat oder nicht, und ob ein Brand entstanden, beziehungsweise ein Mensch getötet worden ist oder nicht. Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der Brandstiftung. Hier müssen alle Momente berücksichtigt werden, welche als Bedingungen für den Eintritt des Erfolgs erkennbar sind. So ist zum Beispiel nach § 308 eventuell genau zu prüfen, ob die „dem Brandstifter eigenthümlich“ gehörenden „Gegenstände“ „ihrer Beschaffenheit und Lage nach g e e i g n e t sind, das Feuer einer der im § 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen“. Man wird selbst nicht von Versuch der Brandstiftung sprechen können, wenn der Thäter zum Beispiel durch Schlagen eines Feuersteins gegen das Granitfundament eines Hauses sich bemüht hat, einen Brand zu erzeugen.

Was hier von § 308 und den §§ 367 Zif. 8 und 368 Zif. 7 gesagt wurde, gilt allgemein von dem Unterschied zwischen den sogenannten Gefährdungs- und Polizei-Delikten. Wie steht es nun aber mit der sogenannten gefährlichen Körperverletzung? Teilt sie mehr den Charakter jener oder dieser?

---

[4]) § 367 Zif. 8 St.G.B.: . . . . . . „wer ohne polizeiliche Erlaubniss an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fussangeln legt oder an solchen Orten mit Feuergewehr oder anderem Schiesswerkzeuge schiesst oder Feuerwerkskörper abbrennt;“

[5]) § 368 Zif. 7 St.G.B.: „wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schiesst oder Feuerwerke abbrennt;“

Eine Hinzuziehung des § 367 Ziff. 10[6]) wird die Entscheidung erleichtern. Es entsteht dadurch ein ähnlicher Gegensatz wie der oben erwähnte. In dem letztgenannten Paragraphen genügt nämlich wieder als Bedingung, dass der Thäter „bei einer Schlägerei“ „oder bei einem Angriff sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient“ hat. Dieser Umstand, sowie der weitere, dass für die Strafbarkeit im § 223a ausdrücklich der Eintritt einer Körperverletzung gefordert wird, scheint jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs die Gefahr im engeren Sinne in Betracht kommt, und für seine Bestimmung nur diejenigen Momente ausscheiden, welche auch bei der Beurteilung ex post als Bedingungen für den Eintritt des Erfolgs nicht erkennbar sind.

Hieraus ergiebt sich ohne weiteres die überaus wichtige Folge, dass für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs[7]) nicht bloss die Beschaffenheit des Gegenstands, sondern auch die Art seiner Anwendung, die in der Bedingungsreihe der ersteren folgt, unbedingt berücksichtigt werden muss. Wir finden auch hier wieder, was sich im Verlauf der Untersuchung schon so oft gezeigt hat, dass überall, wo es sich um Beziehungen eines Subjekts zu Objekten der Aussenwelt handelt, subjektive Momente sich mit objektiven vereinigen.

III.

Die für den Eintritt des Erfolgs notwendigen Bedingungen als Merkmale des Werkzeugs und seiner Anwendung.

§ 9.

Aus unsrer Definition des Begriffs der Möglichkeit[1]) haben wir ersehen, dass zwischen den erkannten Bedingungen und dem vorgestellten Erfolg ein Kausalnexus denkbar sein muss. Wir werden also, um zu den Merkmalen des gefährlichen Werkzeugs zu gelangen, festzustellen haben, welche Bedingungen vorliegen müssen, damit an

---

[6]) § 367 Zif. 10 St.G.B.: „wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Waffe insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient:“

[7]) Dasselbe gilt für den Begriff der „tötlichen Waffe“.

[1]) Vgl. o. S. 19.

ihre Vorstellung nach den allgemeinen Grundsätzen der Erfahrung kausal die des Erfolgs geknüpft werden kann.

In welche Gruppen scheiden sich nun die Bedingungen? Diese Frage ist leicht zu beantworten nach dem Thatbestande des § 223a. Es kommen in demselben vor ein aktiv Beteiligter (A), ein passiv Beteiligter (B) und ein Objekt (c). Zwischen diesen drei Momenten besteht folgende Funktion: A bewegt c gegen B zum Zweck der Herbeiführung einer Gesundheitsbeschädigung. Hieraus ergeben sich sofort folgende Hauptgruppen von Bedingungen: Erstens die Beschaffenheit des Werkzeugs, zweitens die Art seiner Anwendung.

Danach bleiben ausser den in den äussern Umständen liegenden, regelmässig nicht erkennbaren Bedingungen nur noch übrig die in der Person des passiv Beteiligten gegebenen. Gegen ihre Berücksichtigung spricht jedoch die klare Fassung des Gesetzes. Aus derselben geht deutlich hervor, dass, sofern überhaupt eine Körperverletzung eingetreten ist, für die Strafbarkeit nur in Betracht gezogen werden soll die Handlung, aber nicht der Erfolg. Lediglich die Gefährlichkeit der ersteren soll getroffen werden, sei es nun dass dieselbe sich charakterisiert durch das Mittel der Verletzung (Waffe, Messer, gefährliches Werkzeug) oder durch die Art der Begehung (hinterlistiger Ueberfall, Gemeinschaft mehrerer, das Leben gefährdende Behandlung). Der in concreto eingetretene Erfolg ist dagegen unter der erwähnten Voraussetzung, dass überhaupt eine Körperverletzung vorliegt, für die Anwendbarkeit des § 223a absolut gleichgültig.

Bei dieser im übrigen durchaus gerechtfertigten Tendenz des § 223a St.G.B. ist somit für eine Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Verletzten kein Raum. Es ist daher zum Beispiel völlig irrelevant, ob im konkreten Falle eine Zertrümmerung der Schädeldecke nur deshalb erfolgt ist, weil sie bei dem Verletzten zufällig sehr schwach war, oder ob sie aus dem umgekehrten Grunde im speziellen Falle unversehrt blieb, wenn nur überhaupt eine Körperverletzung eingetreten ist.

Wir haben somit für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs nur zu berücksichtigen die Beschaffenheit des Werkzeugs und die Art seiner Anwendung.

Indem wir auf diese Weise ein subjektives Moment mit einem objektiven verbinden, vertreten wir keineswegs die herrschende Meinung

neten Augenblick nicht schliessen, des weiteren muss man das Papier so fassen, dass die Kante dabei nicht umgebogen wird, das Papier selbst darf dort keine schwache Stelle haben etc. etc. Alle diese Bedingungen fallen beim Stein hinweg. Jede Stelle des Körpers ist geeignetes Objekt des Angriffs, jede Stelle des Steins geeignetes Mittel dazu.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass mitunter die spezielle Anwendung eines Gegenstands für seine allgemeine begriffliche Subsumierung gleichgültig ist. So dient zum Beispiel die Kunstschützenpistole regelmässig nicht zur Zufügung von Verletzungen, das Jagdgewehr wenigstens nicht zur Verletzung eines Menschen, und doch gehören diese Gegenstände speziell zu den Waffen im technischen Sinn.

Nachdem wir so unsren zwischen den beiden Extremen vermittelnden Standpunkt etwas näher begründet haben, bleibt nun noch übrig, auf die in der objektiven und in der subjektiven Bedingung enthaltenen, für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs wesentlichen Momente speziell einzugehen.

Was zunächst die Beschaffenheit des Werkzeugs anbetrifft, so muss dieselbe, wie wir oben [8]) bereits ausführlich erörtert haben, nach zwei Richtungen hin bestimmten Anforderungen genügen, nämlich erstens mit Bezug auf die Handhabung des Gegenstands und zweitens mit Bezug auf die Erzielung einer mechanischen Einwirkung.

Bezüglich des ersteren Punkts ist den Ausführungen über den Begriff des Werkzeugs im technischen Sinne nichts hinzuzufügen. Es kommen die gleichen Faktoren hier wie dort in Betracht. Wir haben also nur noch einmal die wesentlichsten Erfordernisse hervorzuheben.

Der Gegenstand muss, um gehandhabt werden zu können, beweglich in dem Sinne sein, dass er den für die Erreichung des vorgestellten Erfolgs notwendigen Bewegungen der Hand folgen kann.

Dies setzt zunächst voraus, dass er Mobiliarqualität besitzt, und dass die durch seine Schwere repräsentierte Energie geringer ist als die in der Muskelkraft des Thäters vorhandene.

Des weiteren muss das Volumen des Gegenstands derartig sein, dass er von der Hand umfasst, beziehungsweise überhaupt erfasst werden kann.

Mit Rücksicht auf den zweiten Punkt, seine Eignung zur

---

[8]) Vgl. hierzu S. 33 und S. 11 ff.

dungsart erst entscheidend wird für die besondere Eigenschaft eines Gegenstands. Denken wir zum Beispiel an eine Kunstschützenpistole mit langem Lauf. Man wird nicht anstehen, dieselbe als Waffe im technischen Sinne zu bezeichnen. Die Verletzung, welche durch einen Schuss aus derselben hervorgerufen wird, ist zweifellos mit einer Waffe begangen. Ergreift man dagegen den Lauf an der Mündung und zertrümmert mit der Spitze des Hahns einem andern den Schädel, so hat man sich der Pistole nur in der Eigenschaft als eines gefährlichen Werkzeugs bedient. Wenn nun auch die Ausserachtlassung des subjektiven Moments in unsrem Fall die Anwendbarkeit des § 223a zufällig nicht berührt, so ist dies natürlich kein Grund, diesen Unterschied, der sehr wohl praktische Folgen haben kann,*) überhaupt nicht zu beachten.

Was nun auf der andern Seite die extrem subjektive Theorie anbetrifft, so berücksichtigt dieselbe nicht, dass es gewisse Gegenstände giebt, die absolut nicht zur Herbeiführung einer Gesundheitsbeschädigung benutzt werden können, andre wieder, die hierzu in hohem Masse geeignet sind, und endlich auch solche, die sich für diesen Zweck nur sehr wenig qualifizieren, nebst den vielen Uebergangsarten zwischen den beiden letzten Arten von Gegenständen.

Wenn wir zunächst wieder vom Begriff des Werkzeugs absehen, so kann man zum Beispiel sagen, dass atmosphärische Luft an sich ohne Annahme weiterer objektiver Bedingungen absolut ungeeignet ist zur mechanischen Herbeiführung einer Gesundheitsbeschädigung. Dasselbe gilt von minimalen Stückchen Watte, Seidenpapier etc. etc.

Vergleicht man ferner einen Bogen Reichskanzlei mit einem scharfkantigen Stein, so ist ohne weiteres klar, dass der erstere für die Herbeiführung einer Körperverletzung fast ungeeignet ist, dieser sich jedoch dazu in hohem Masse eignet. Diese Unterschiede in der Beschaffenheit sind doch zweifellos von grosser Bedeutung für die Beurteilung der Gegenstände und haben mit ihrer Anwendung an sich nichts zu thun. Den Bogen Papier muss man zunächst speziell gegen das Auge führen, ferner dürfen sich die Augenlider im geeig-

*) So wäre es doch zum Beispiel möglich, dass im Gegensatz zum geltenden Recht bei dem sogenannten bewaffneten Diebstahl und dem sogenannten bewaffneten Raub nach § 243 Ziff. 5 und § 250 Ziff. 1 der Eintritt einer Verletzung und die Benutzung einer Waffe im technischen Sinne gefordert würde. Dann käme der oben gekennzeichnete Unterschied zweifellos in Betracht.

neten Augenblick nicht schliessen, des weiteren muss man das Papier so fassen, dass die Kante dabei nicht umgebogen wird, das Papier selbst darf dort keine schwache Stelle haben etc. etc. Alle diese Bedingungen fallen beim Stein hinweg. Jede Stelle des Körpers ist geeignetes Objekt des Angriffs, jede Stelle des Steins geeignetes Mittel dazu.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass mitunter die spezielle Anwendung eines Gegenstands für seine allgemeine begriffliche Subsumierung gleichgültig ist. So dient zum Beispiel die Kunstschützenpistole regelmässig nicht zur Zufügung von Verletzungen, das Jagdgewehr wenigstens nicht zur Verletzung eines Menschen, und doch gehören diese Gegenstände speziell zu den Waffen im technischen Sinn.

Nachdem wir so unsren zwischen den beiden Extremen vermittelnden Standpunkt etwas näher begründet haben, bleibt nun noch übrig, auf die in der objektiven und in der subjektiven Bedingung enthaltenen, für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs wesentlichen Momente speziell einzugehen.

Was zunächst die Beschaffenheit des Werkzeugs anbetrifft, so muss dieselbe, wie wir oben [8]) bereits ausführlich erörtert haben, nach zwei Richtungen hin bestimmten Anforderungen genügen, nämlich erstens mit Bezug auf die Handhabung des Gegenstands und zweitens mit Bezug auf die Erzielung einer mechanischen Einwirkung.

Bezüglich des ersteren Punkts ist den Ausführungen über den Begriff des Werkzeugs im technischen Sinne nichts hinzuzufügen. Es kommen die gleichen Faktoren hier wie dort in Betracht. Wir haben also nur noch einmal die wesentlichsten Erfordernisse hervorzuheben.

Der Gegenstand muss, um gehandhabt werden zu können, beweglich in dem Sinne sein, dass er den für die Erreichung des vorgestellten Erfolgs notwendigen Bewegungen der Hand folgen kann.

Dies setzt zunächst voraus, dass er Mobiliarqualität besitzt, und dass die durch seine Schwere repräsentierte Energie geringer ist als die in der Muskelkraft des Thäters vorhandene.

Des weiteren muss das Volumen des Gegenstands derartig sein, dass er von der Hand umfasst, beziehungsweise überhaupt erfasst werden kann.

Mit Rücksicht auf den zweiten Punkt, seine Eignung zur

---

[8]) Vgl. hierzu S. 33 und S. 11 ff.

mechanischen Einwirkung, macht es nun einen erheblichen Unters(
aus, dass hier Objekt derselben der menschliche Körper ist. Zuni
brauchen danach nur verhältnissmässig geringe Anforderungen an
Widerstandsfähigkeit des Gegenstands gestellt werden. Es leu(
ein, dass somit unser strafrechtlicher Begriff eine viel grössere Ar
von Gegenständen umfasst als der technische.

Die Verhältnisse liegen nun in der Hinsicht etwas eigens
dass die einzelnen Teile des Körpers eine verschiedene Widersta
fähigkeit besitzen.

Zweifellos kann man zum Beispiel mit der Kante eines Bogens Pa]
eine Verletzung des Auges herbeiführen, während der Fingern
unter denselben Umständen nicht die mindeste Veränderung zeigen \

Hierzu kommen individuelle Verschiedenheiten. Die mit H
haut bedeckte Hand des Arbeiters ist zweifellos widerstandsfähige1
die eines Kindes.

Im allgemeinen spielen aber diese Unterschiede insofern k
erhebliche Rolle, als erfahrungsgemäss der Thäter, der entschlossen
eine Gesundheitsbeschädigung herbeizuführen, sich nicht solcher M
bedient, deren Wirksamkeit so zweifelhaft ist, dass individuelle (
lokale Verschiedenheiten eine Rolle spielen, den Erfolg eventuel
Frage stellen könnten. Denn abgesehen davon, dass bei der gro:
Zahl der zur Beibringung einer Gesundheitsbeschädigung geeign(
Gegenstände ein passender wohl stets bei der Hand sein wird, kö
in allen jenen Grenzfällen dasselbe Resultat mit der Hand, spe:
mit dem Finger erzielt werden. Dieser letztere Umstand beweist
aber auch deutlich, dass derartige Gegenstände im § 223a nicht gem
sein können, da nach der Fassung desselben die Begehungsart, der Gebr
einer Waffe, eines Messers, eines gefährlichen Werkzeugs, Qualifikati
grund ist, und ein solcher in dem Gebrauch von Gegenständen n
gesehen werden kann, die die Eigenschaften oder Fähigkeiten der H
in nichts vervollkommnen.

Es scheiden hiernach alle Gegenstände aus, deren Widersta
fähigkeit so gering ist, dass man, um an ihren Gebrauch die Vorstell
eines Erfolgs knüpfen zu können, noch weitere Bedingungen ergä
muss.

Während die grössere Widerstandsfähigkeit allgemeines Erforde
ist und für die Herbeiführung einer Körperverletzung jedenfalls gen
kommen die weiteren noch anzuführenden Momente insbesondre

die Schwere der Verletzung in Betracht; und zwar spielt hier vor allem der Faktor eine Rolle, dass der Gegenstand irgend eine Keilform aufweist, insbesondere Ecke, Kante, Spitze, Schneide oder eine beliebige Kombination hiervon. Denn dadurch wird regelmässig auch eine äussere Trennung der Substanz des Körpers, die meist mit einer bedeutenderen Gesundheitsbeschädigung verbunden ist, hervorgerufen.

Weiterhin wird die Intensität der Einwirkung noch wesentlich erhöht durch die Schwere des benutzten Gegenstands. Zu der Zerreissung innerer Gewebe und der äusseren Trennung der Haut tritt hier dann noch in der Regel hinzu eine Zertrümmerung der Knochenteile.

Unter der allgemeinen Voraussetzung grösserer Widerstandsfähigkeit des Gegenstands können somit durch Kombination von Keilform und Schwere zweifellos die schwersten Gesundheitsbeschädigungen herbeigeführt werden.[4])

Als Beschaffenheit kommen demnach für die Beurteilung eines Gegenstands diejenigen Eigenschaften in Betracht, vermöge deren er mittelst der Hand zur mechanischen Einwirkung auf den Körper eines andern benutzt werden kann.

Alle die angegebenen Merkmale eines Gegenstands sind nun wirkungslos, wenn nicht eine zweite Gruppe von Bedingungen hinzukommt. Es sind dies die in der Art seiner Anwendung liegenden Momente. Dieselben sind, wie erwähnt,[5]) dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs nicht minder wesentlich, und daher bei der Beurteilung des betreffenden Gegenstands unbedingt mit in Betracht zu ziehen.

Zwei Gesichtspunkte sind nun bestimmend für die Art der Anwendung: erstens die Benutzung eines Werkzeugs und zweitens die Benutzung zur Herbeiführung einer Gesundheitsbeschädigung.

Was den ersten Punkt anbetrifft, so muss die Gesundheitsbeschädigung auf mechanischem Wege verursacht werden. Zu diesem Zweck ist der Gegenstand nach den Gesetzen der Mechanik, speziell der Dynamik, zu Druck, Stoss oder Schlag (ohne Trennung der Haut), beziehungsweise zu Schnitt, Stich oder Hieb[6]) (mit Trennung der Haut) zu verwenden.

Mit Bezug auf den zweiten Punkt ist erforderlich, dass der in

---

[4]) Man denke zum Beispiel an eine Axt, einen Schmiedehammer etc. etc.

[5]) Vgl. o. S. 41.

[6]) Bei dieser einen Bezeichnung tritt der Unterschied im Erfolg nicht so sehr in den Vordergrund. Man spricht sowohl von einem Säbelhieb als von einem Stockhieb.

dem Körper des passiv Beteiligten vorhandene Widerstand überwunden wird. Denn nur dadurch kann eine Störung in den Funktionen der Organe des Körpers, also eine Gesundheitsbeschädigung hervorgerufen werden.

An und für sich ist diese Folge jenen Einwirkungen, insbesondere denen der ersten Gruppe nicht wesentlich. Sie tritt nur ein, wenn die bei der Einwirkung verwendete Kraft grösser ist als der Widerstand des Körpers. Hieraus folgt, dass der Erfolg einer Gesundheitsbeschädigung bei der Verwendung eines im übrigen dazu geeigneten Werkzeugs auch von vornherein ausgeschlossen werden kann. Man wird dann natürlich nicht mehr von einer gefährlichen Körperverletzung im Sinne des § 223a sprechen. Nehmen wir zum Beispiel den Fall an, dass ein Waffenhändler, der, um ein Schaufenster zu dekorieren, blanke Säbel[7]) in der Hand hält, mit der flachen Klinge eines solchen dem unachtsamen Lehrling einen leichten Schlag auf den Rücken versetzt, so ist offenbar der Thatbestand des § 223a St.G.B. nicht gegeben. Freilich entscheidet dabei nicht die Absicht des Thäters, wohl aber die Art der Anwendung des Gegenstands, an die wegen des minimalen dabei verbrauchten Kraftaufwands nach den Grundsätzen der Erfahrung die Vorstellung des Eintritts einer Gesundheitsbeschädigung nicht geknüpft werden kann.

Als Art der Verwendung kommt also für die Beurteilung eines Gegenstands diejenige mechanische Einwirkung auf den Körper eines andern in Betracht, welche geeignet ist, den in jenem vorhandenen Widerstand zu überwinden.

3. KAPITEL.

Die wesentlichen Momente im Begriff des gefährlichen Werkzeugs nach § 223a St.G.B.

§ 10.

Nachdem der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B. nach den verschiedenen Richtungen hin einer Analyse unterzogen worden ist, bleibt uns noch übrig, eine Definition für denselben aufzustellen.

---

[7]) Eine Waffe ist hier nur deshalb gewählt, weil dadurch das Beispiel anschaulicher wird, und weil die Gefährlichkeit der Waffe unbestritten ist.

Hierbei muss zweierlei von vornherein festgestellt werden.

Zunächst teilt der Begriff mit der Mehrzahl der andern strafrechtlichen Bezeichnungen den unvermeidlichen Fehler einer gewissen Unbestimmtheit. Das Strafrecht kann natürlich nur bestimmte Kategorien von Delikten aufstellen, denen nun die zahllosen in einander übergehenden Spielarten der Thatbestände untergeordnet werden müssen. Es ist klar, dass dabei von gewissen Besonderheiten des Falls zu abstrahieren ist. Dennoch spielen bei der Mannigfaltigkeit der Deliktsthatbestände jene besonderen Gestaltungen einzelner Deliktsmerkmale häufig eine erhebliche Rolle, sodass es dann zweifelhaft wird, unter welche Kategorie von Delikten der konkrete Fall zu zählen ist. Es entstehen dadurch die sogenannten Grenzfälle, die selbst bei den schärfsten Begriffen und Definitionen sich einzustellen pflegen.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass dieser Missstand sich ganz besonders fühlbar macht, sobald für einen strafrechtlichen Begriff Möglichkeitswerte in Betracht kommen, wie also bei dem Begriff der Gefahr. Wenn es nun auch wünschenswert erscheint, eine knappe, präcise Definition zu besitzen, für welche nur scharf begrenzte Merkmale verwendet sind, unter die der Richter bequem die konkreten Thatbestände subsumieren kann, so lässt sich doch von vornherein die Prognose stellen, dass dieses Ziel bei einer Verwendung des Begriffs „Gefahr" nicht immer vollkommen erreicht werden kann. Es hängt dies hauptsächlich zusammen mit der Fixierung der erforderlichen Schadensgrösse und des erforderlichen Möglichkeitsgrads. Trotzdem ist dieser Begriff für das Strafrecht keineswegs unbrauchbar. Es ist in unsren Ausführungen versucht worden, Bestimmungen jener Momente zu treffen, die zur Subsumierung konkreter Thatbestandsmerkmale vollkommen ausreichen. Wir haben einen bestimmten Wert gefunden für die Schadensgrösse in dem strafrechtlichen Begriff der Gesundheitsbeschädigung, für den Möglichkeitsgrad in der Beschränkung der Bedingungen auf das bekannte objektive und subjektive Moment[1], und konnten somit in beiden Fällen von dem Gebrauch des Worts „erheblich" absehen, bei dessen Verwendung die Definition Umschreibung eines Ausdrucks, aber nicht Begriffsentwicklung ist.

Wir wollen nunmehr die induktive Untersuchung dadurch abschliessen, dass wir die in ihr aufgefundenen wesentlichen Momente

[1]) Vgl. hierzu die Erörterungen auf Seite 27 f.

des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B. für die Definition desselben verwerten, und werden demnach die einzelnen Ergebnisse der vorangegangenen Ausführungen etwa folgendermassen zusammenzufassen haben:

„Werkzeug“ im Sinne des § 223a St.G.B. ist jeder Gegenstand, welcher der menschlichen Hand zur mechanischen Einwirkung auf den Körper eines andern dienen kann.

„Gefährlich“ im Sinne des § 223a St.G.B. ist das Werkzeug, wenn zwischen der erkennbaren Beschaffenheit und Anwendungsart desselben einerseits und dem Eintritt einer Gesundheitsbeschädigung andrerseits auf Grund allgemeiner Erfahrungen ein Kausalzusammenhang denkbar ist.

ZWEITES BUCH.

Litteratur und Rechtsprechung über den Begriff des gefährlichen Werkzeugs im § 223a St.G.B.

§ 11.

Der Standpunkt der Theorie.

Da für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs, wie wir gesehen haben, eine ziemlich erhebliche Anzahl verschiedener Momente in Betracht kommt, und sich infolgedessen bei einer gewissen Uebereinstimmung mehrerer Schriftsteller in Einzelheiten doch immer wieder erhebliche Unterschiede geltend machen, musste davon abgesehen werden, an dieser Stelle eine besondere Gruppierung nach den Ansichten vorzunehmen. Es wird vielmehr nur der Charakter der Schriften für eine solche berücksichtigt werden können.

Zunächst wollen wir auf die in Frage kommenden Monographien etwas näher eingehen.

Günther: „Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung" berücksichtigt nur die Geschichte des § 223a, lässt sich dagegen auf eine Erörterung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs nicht weiter ein.

Eine genauere Erläuterung desselben versucht A. v. Kries: „Über den Begriff der Waffe und des gefährlichen Werkzeugs". Er erklärt zunächst l. c. S. 23 den Begriff der Waffe für identisch mit dem des gefährlichen Werkzeugs und giebt folgende Definition der ersteren l. c. S. 25: „Waffen sind diejenigen Werkzeuge, welche zur Beibringung von Verletzungen geeignet (objektive Merkmale), hierzu, entweder dauernd oder im konkreten Fall bestimmt sind (subjektive Merkmale)." Es soll nun für die Bestimmung eines Gegenstands als Waffe massgebend sein, dass die gewöhnliche Wirkung desselben in der Zufügung einer erheblichen Verletzung bestehe; vgl. l. c. S. 37: „Beides lässt sich nun nur so vereinigen, dass zur Bestimmung, ob ein Gegenstand Waffe ist oder nicht, die Verletzungen in Rücksicht genommen werden, welche durch denselben gewöhnlich hervorgebracht

werden oder m. a. W., deren Hervorbringung bei Anwendung dieses Gegenstandes überhaupt wahrscheinlich ist und nahe liegt." „Diese gewöhnliche Wirkung muss eine erhebliche Verletzung sein." Den objektiven Standpunkt, den A. v. Kries hierbei einnimmt, kennzeichnet deutlich folgende Stelle, l. c. S. 41: „Es muss daher bestritten werden, dass . . . . durch die Art des Gebrauchs eines an sich gefährlichen Werkzeugs die Qualifikation ausgeschlossen werden kann." Er modifiziert nun aber wieder seine Ansicht mit Rücksicht auf den Fall, dass jemand mit einer Pistole nicht schiesst sondern schlägt, und führt aus l. c. S. 41: „Es wird daher in solchen Fällen die Waffenqualität nicht dieses Werkzeuges, sondern des in dieser Art und Weise gebrauchten Werkzeugs festzustellen sein." Trotzdem legt er dem subjektiven Moment eine besondere Bedeutung nicht bei, indem er l. c. S. 42 sagt: „Auch hier dürfte es kaum möglich sein, genau anzugeben, wie weit der konkrete Gebrauch berücksichtigt werden darf und von wo an dies nicht mehr zulässig ist." Sodann erklärt er es l. c. S. 42 f. für unrichtig, als Erfolg lediglich die Gesundheitsbeschädigung in Betracht zu ziehen, massgebend sei nur die erhebliche Verletzung. Zum Schlusse fasst er die Ergebnisse noch einmal folgendermassen zusammen, l. c. S. 48: „Objektiv bestimmt sind Waffen diejenigen Werkzeuge, bei deren Anwendung regelmässig erhebliche Verletzungen entstehen." „In dieser Weise muss der Begriff bei der Körperverletzung, der Betheiligung an einer Schlägerei und dem Widerstande gegen Forst- und Jagdbeamte bestimmt werden." Die Unzulänglichkeit der A. v. Kries'schen Theorie ergiebt sich nach unsren obigen Ausführungen ohne weiteres aus der durchaus ungenügenden Berücksichtigung des subjektiven Moments.

v. Buri: „Zu den §§ 223a, 201 ffg. des Strafgesetzbuchs" steht auf einem ganz ähnlichen Standpunkt. Bezüglich des Entwurfs der Strafgesetznovelle führt er zunächst folgendes aus, l. c. S. 344 f. „Es sagt hiernach der Entwurf: wer mit einer technischen Waffe oder einem Messer eine Körperverletzung verursacht hat, von dem wird angenommen, dass seine Begehungsart des Delicts eine gefährliche gewesen sei, und er wird darum wegen eines qualifizirten Delicts bestraft. Fingirt aber der Entwurf, dass eine Gefahr in concreto wirklich bestanden habe, wenn die Körperverletzung mit einem der von ihm bezeichneten Mittel ausgeführt worden sei, so muss es bedeutungslos erscheinen, ob die Wirklichkeit dieser Fiction entspricht

oder nicht. Die concrete Art und Weise der Anwendung des betreffenden Mittels kann darum so wenig in Betracht gezogen werden, dass selbst eine in Wirklichkeit durchaus ungefährliche, ja zweckwidrige Anwendung des Mittels die höhere Bestrafung nicht beseitigt." Die Annahme einer Fiktion der Gefährlichkeit führt ihn somit zu einer völligen Ausserachtlassung des subjektiven Moments. Bezüglich des Gesetzes selbst erklärt er dann weiter l. c. S. 346: „Insbesondere können nunmehr unter Waffen nicht mehr ausschliesslich die technischen, sondern es müssen hierunter auch die Waffen im weiteren Sinne d. h. solche zur angriffsweisen Verletzung geeignete Gegenstände verstanden werden, welchen diese Bestimmung in dem einzelnen Falle in erkennbarer Weise beigelegt worden ist." Auch v. Buri legt der Beurteilung die Erheblichkeit der Verletzung zu Grunde, indem er sagt l. c. S. 347: „Man sieht sich daher zur Feststellung der Gefährlichkeit des Mittels nothgedrungen auf die Möglichkeit der Verursachung einer erheblichen Körperverletzung verwiesen, und es ist sonach durch die Fassung des § 223a die Erheblichkeit der Verletzung in das Gesetz eingeführt worden, von welcher die Motive nichts wissen wollten." Dies genüge jedoch noch nicht: es müsse hinzukommen eine Beurteilung der Verschiedenheit der Gegenstände, „je nachdem die von ihnen dargebotene Möglichkeit der Verursachung einer erheblichen Körperverletzung für die Abstraction eine näher oder entfernter gelegene ist, je nachdem also die Abstraction, um zu dem Begriff der Gefährlichkeit zu gelangen, zu besonderen Combinationen von Umständen genöthigt ist, unter welchen mit dem betreffenden Gegenstand eine erhebliche Verletzung zugefügt werden kann" etc. . . . l. c. S. 348. Die Verursachung einer solchen müsse „die regelmässige Wirkung des Gebrauchs des Gegenstandes zur Körperverletzung sein." Er gelangt somit l. c. S. 348 f. zu folgendem Ergebnis: „Hiernach wäre das Verständniss des §. 223a des St.G.B's dahin aufzufassen: wenn Jemand mittels eines der in diesem Parapraphen bezeichneten Gegenstände eine Körperverletzung verursacht hat, so entscheidet die abstracte Erwägung, ob man mittels dieses Gegenstandes, seiner objectiven Beschaffenheit nach, einem abstract gedachten Menschen regelmässig eine erhebliche Verletzung zufügen kann oder nicht, darüber, ob die verursachte Körperverletzung nach §. 223a oder nach §. 223 bestraft werden muss." An einer Stelle kommt v. Buri auch einmal auf die Anwendungsart zu sprechen, ohne jedoch diesen Punkt weiter

zu verwerten; vgl. l. c. S. 351: „Die Bejahung desselben knüpft sich also ausdrücklich oder stillschweigend an Bedingungen, d. h. die Abstraction sagt, im Falle der betreffende Gegenstand in dieser oder jener Weise angewendet wird, ist er zur Verursachung einer erheblichen Körperverletzung geeignet, im andern Falle ist er hierzu ungeeignet.“ Die v. *Buri*’sche Theorie trifft demnach derselbe Vorwurf wie die A. v. *Kries*’sche.

J. v. *Kries*: „Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben“ giebt l. c. S. 99 folgende Definition: „Eine Waffe werden wir also als eine tödtliche, irgend einen Gegenstand als ein gefährliches Werkzeug bezeichnen, wenn die allgemeine Bedingung, dass ein Mensch dieselben zum Angriff gegen einen Anderen verwendet, eine erhebliche Möglichkeit einer Tödtung resp. einer schweren Verletzung darstellt.“ Wenn nun auch die Verwendung des Begriffs der Möglichkeit als zutreffend zu bezeichnen ist, so muss doch die citierte Definition als völlig unbrauchbar erklärt werden, da weder der Grad der Möglichkeit noch die Schwere des Schadens irgend wie näher fixiert ist.

v. *Rohland*: „Die Gefahr im Strafrecht“, S. 41, erklärt: „Auch bei der Körperverletzung ist nicht die *abstracte*, sondern die *generelle* Möglichkeit einer schweren oder tödtlichen Verletzung das entscheidende Kriterium. Diese bestimmt sich aber nach den die Handlung begleitenden *wesentlichen* Umständen und dem dadurch sich ergebenden *Gattungscharakter* derselben, mithin mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie das Werkzeug gebraucht wird, auf die Beschaffenheit der Person, welche misshandelt wird.“ „Ist daher die Benutzung des Werkzeuges oder die Behandlung eines Menschen derartig, dass die Handlung, sei es allen Personen, sei es bestimmten Gruppen derselben z. B. Kindern gegenüber regelmässig die nahe Möglichkeit schwerer Verletzungen in sich trägt, so erscheint sie als eine gefährliche, mag auch die individuelle Gestaltung der auf Grund des Gattungscharakters zu erwartenden nicht entsprechen.“ Von den Begriffen der abstrakten und generellen Möglichkeit können wir an dieser Stelle absehen. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass auch diese Definition, wie so viele andre, wegen ihrer Unbestimmtheit unbrauchbar ist. Keiner der Ausdrücke „regelmässig — die nahe Möglichkeit — schwerer Verletzungen“ kann den Anspruch auf Präcision erheben.

Damit können wir die Monographien verlassen und nunmehr zu den Lehr- und Handbüchern des Strafrechts übergehen.

Berner: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes“, S. 507 No. 2, definiert das gefährliche Werkzeug folgendermassen: „Ein Werkzeug ist gefährlich, wenn es durch seine Beschaffenheit, oder durch die Art seines Gebrauches geeignet ist, eine »erhebliche« Körperverletzung zu verursachen“ etc. . . . . Diese Definition hätte zunächst bedeutend gewonnen, wenn Berner das subjektive Moment noch stärker betont und statt „oder“ das Wort „und“ gebraucht hätte. Sodann wäre eine Angabe über die Art der für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in Betracht kommenden Gefahr erforderlich gewesen. Die blosse „Eignung“ kennzeichnet dieselbe nicht genügend. Endlich ist auch die Schadensart nicht bestimmt genug charakterisiert.

Im „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ von Schütze, Anhang S. 19, wird auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs nicht näher eingegangen.

v. Meyer: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“, S. 533, erklärt, dass „das Wort Waffe . . . . nicht im technischen, sondern im allgemeineren Sinne zu verstehen ist, nicht aber von einem jeden Gegenstande, der überhaupt zu Verletzungen geeignet ist, (denn das ist ein jeder Gegenstand), sondern von einem solchen Gegenstande, der in ähnlicher Weise wie eine Waffe im technischen Sinne als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu dienen geeignet ist.“ Er fügt hinzu, dass „unter einem gefährlichen Werkzeug aber nichts Anderes als unter Waffe im weiteren Sinne zu verstehen ist.“ Bezüglich des subjektiven Moments finden sich l. c. folgende widersprechende Ausführungen: „Nicht nothwendig ist, dass von dem gefährlichen Werkzeug auch in gefährlicher Weise Gebrauch gemacht worden. (!) Doch liegt die Anwendung eines gefährlichen Werkzeugs (als solchen) nicht vor, wenn dasselbe in einer Weise benutzt wurde, dass dadurch die Gefährlichkeit der Handlung nicht vermehrt, sondern vermindert wurde.“ Diese Ausführungen lassen jedes feste Prinzip für die Beurteilung vermissen, und sind deshalb auch für die praktische Verwertung ungeeignet.[1])

[1]) Ganz unklar ist v. Meyers Gefahrsbegriff; vgl. l. c. S. 36 f.: „Dabei wohnt dem Begriffe der Gefahr zwar objectiv keine Realität bei, da objectiv (alle vorhandenen und kommenden Umstände in Betracht gezogen) das Ereigniss immer mit Sicherheit entweder eintritt oder nicht eintritt, wohl aber insofern, als derjenige Zustand, in welchem eine Verletzung vernünftigerweise zu befürchten ist, mit Recht der Zustand einer Gefahr genannt wird.“

Geyer in v. Holtzendorffs „Handbuch des deutschen Stra rechts", S. 372, erläutert den Begriff des gefährlichen Werkzeugs wi folgt: „Unter einem »gefährlichen Werkzeug« wird man eine von Menschen verfertigten, zu mechanischen Verrichtungen dienende Gegenstand, der von der menschlichen Hand angefasst und gehandhal werden und mittels dessen man durch mechanische Einwirkun eine Körperverletzung verursachen kann, zu verstehen haben." D Merkmale des Werkzeugs sind im allgemeinen richtig hervorgehobe doch ist es absolut falsch, für die Körperverletzung nur solche Gegen stände zulassen zu wollen, die von Menschen verfertigt sind. Das zum Beispiel ein scharfkantiger Stein unter den Begriff des gefährliche Werkzeugs fällt, ist bisher kaum bezweifelt worden. Das subjektiv Moment ist völlig ausser acht gelassen.

Wächter: „Deutsches Strafrecht" geht auf den Begriff de gefährlichen Werkzeugs nicht ein.

Hälschner: „Das gemeine deutsche Strafrecht", Bd. II S. 94 f charakterisiert zunächst den Begriff des „Werkzeugs" etwas näher. E sagt: Als Werkzeug erscheint „eine jede Sache, deren sich der Thäte im concreten Falle als Werkzeuges zur Verübung einer Körperverletzun bedient, vorausgesetzt dass sie mit der Hand erfasst und gehandhab geeignet ist durch mechanische Einwirkung eine Körperverletzun zu verursachen." Abgesehen davon, dass der Gebrauch des Wort „Werkzeug" an zweiter Stelle eine definitio per idem enthält, sin die Angaben im allgemeinen zutreffend. Bezüglich der „Gefährlichkei des Werkzeugs" führt er aus: „soll daher der Unterschied des ge fährlichen und des ungefährlichen Werkzeuges festgehalten werden, so wird dies freilich nur möglich sein, wenn man die Wirkung, welche das be treffende Werkzeug seiner Beschaffenheit nach in der Regel ausübt, als das Kriterium dieser Unterscheidung betrachtet, wenn man die Gefähr lichkeit und Ungefährlichkeit des Werkzeuges abschätzt nach der grössere oder geringeren Erheblichkeit der Verletzung die von seiner Anwendun in der Regel zu erwarten ist." Er rechtfertigt dies schliesslich noc durch den bekannten subjektiven Qualifikationsgrund. Die Ungenauigkei des Schlusspassus giebt zu erwägen, ob es nicht besser gewesen wär den Begriff der Gefahr beizubehalten, da der Gedankeninhalt de letzteren jedenfalls nicht unbestimmter ist, als eine solche Umschreibun

v. Liszt: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", S. 286, erklär „Waffe ist hier nicht im technischen Sinne . . . . zu nehmen un

bedeutet daher jedes zur angriffs- oder verteidigungsweisen Zufügung von Verletzungen auf mechanischem Wege, und zwar in der im Einzelfall gewählten Anwendung, geeignete Werkzeug, ohne Rücksicht auf Bestimmung und gewöhnliche Verwendung, sodass z. B. ein Schlagring, ein schwerer Hausschlüssel, ein Bierglas usw. hierher gehören." „Werkzeug ist jeder bewegliche Gegenstand der Sinnenwelt, welcher durch menschliche Körperkraft in Bewegung gesetzt wird: . . . . Auch hier muss die Gefährlichkeit, d. h. die Möglichkeit einer Verletzung, im Einzelfall gegeben sein." Diese Ausführungen enthalten im wesentlichen alle für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in Betracht kommenden Momente.[2])

Geyer: „Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht", II. Hälfte S. 19, führt nur Reichsgerichts-Entscheidungen an.

Merkel: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", S. 298, geht nur mit wenigen Worten auf das „gefährliche Werkzeug" ein und sagt: „Hierbei ist an Werkzeuge gedacht, welche als Angriffsmittel unter den hier in Betracht kommenden Verhältnissen benutzt, schwere Verletzungen auf mechanischem Wege hervorzubringen geeignet sind." Die dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs wesentlichen Momente sind hier zu wenig detailliert. Es kann dies mit Rücksicht auf den beabsichtigten Umfang des Lehrbuchs auch nicht verlangt werden.[3])

---

[2]) „Gefahr" definiert Liszt l. c. S 101 folgendermassen: „Gefährdung aber ist die Herbeiführung einer Gefahr, d. h. eines Zustandes, in welchem, unter den gegebenen und im Augenblicke der Körperbewegung hervortretenden Umständen, nach unbefangenem Urteile die nahe Möglichkeit und damit die begründete Besorgnis gegeben ist, dass der Eintritt der Verletzung erfolgen werde." „Die ‚nahe Möglichkeit' aber, dass ein Erfolg eintrete, liegt vor, falls sein Eintritt nur durch Umstände abgewendet werden kann, deren Eintritt wir weder in unserer Hand haben, noch mit Bestimmtheit erwarten können." Diese Definition unterscheidet zunächst nicht zwischen Gefahr im objektiven und subjektiven Sinne. Sodann sind die Ausdrücke „nahe Möglichkeit" und „begründete Besorgnis" zu unbestimmt. Die Definition der ersteren enthält in allerdings sehr verhüllter Form unser objektives und subjektives Moment beim Begriff der Möglichkeit.

[3]) Den Begriff „gefährlich" erläutert Merkel l. c. S. 42 f. folgendermassen: „Eine bestimmte Handlung nun erscheint uns als gefährlich für gegebene Interessen . . . . . wenn sie unter den für einen bestimmten Standpunkt in Betracht kommenden Umständen den Eintritt einer Verletzung dieser Interessen in erheblichem Masse begünstigt, derart, dass die Verbindung dieser Verletzung mit einem so beschaffenen Thatbestande den Eindruck des Typischen, Normalen im Gegensatz zu

Zum Schlusse ist noch der wichtigsten Kommentare zu gedenken.

Oppenhoff: „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", § 223a No. 3, führt folgendes aus: „Unter »Waffe« sind hier nach den RT.'s-Verhandlungen und nach den nur zur besseren Verdeutlichung des Begriffs hinzugefügten Worten: »insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs« nicht blos die eigentlichen Hieb-, Stich-, Stoss- und Schusswaffen verstanden, es ist darunter vielmehr, wie der Berichterstatter v. Schwarze ausführte, jeder bewegliche Gegenstand begriffen, mittelst dessen eine [erhebliche] Körperverletzung durch mechanische Einwirkung herbeigeführt werden kann [gleichviel, was seine eigentliche Bestimmung und gewöhnliche Verwendung ist etc. . . . .]. Näher geht Oppenhoff auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs nicht ein, erklärt vielmehr: „Im Uebrigen ist die Frage, was »Waffe« bzw. »gefährliches Werkzeug« sei, mehr oder weniger eine thatsächliche, nach der Bemessenheit des Einzelfalles zu beurtheilende; . . . . wobei aber aus der Erheblichkeit der verursachten Verletzung allein die Gefährlichkeit des Werkzeugs nicht gefolgert werden darf." Damit ist natürlich so gut wie gar kein Anhalt für die Beurteilung gegeben.

In Rüdorffs „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", § 223a No. 2, wird zunächst das Verhältnis zwischen Waffe und gefährlichem Werkzeug besprochen. Es heisst dort: „Unter »Waffen« sind nicht bloss die gewöhnlich sog. Hieb-, Stich-, Stoss- oder Schiesswaffen begriffen. Ueberhaupt kann zwischen Waffen und gefährlichen Werkzeugen nicht scharf unterschieden werden. Der Begriff

---

dem des bloss Zufälligen hervorbringt, und sich fertigen Urteilen über die Wirksamkeit bestimmter Kräfte und die gesetzmässige Verknüpfung bestimmter Vorgänge subsumiert." Hierbei ist wenigstens kurz auf den für die Beurteilung in Betracht kommenden Standpunkt hingewiesen. Die Charakterisierung der unbestimmten Beziehungen muss jedoch als misslungen bezeichnet werden. Merkel unterscheidet dann l. c. S. 43 f. zwischen einer Gefährlichkeit im engeren und weiteren Sinne: „Der ersteren (scil. Modifikation) zufolge ist die Gefährlichkeit der Handlung dann anzunehmen, wenn der Eintritt des Übels durch Vorgänge oder Verhältnisse abgewendet wurde, welche sich menschlicher Berechnung und Voraussicht schlechthin entzogen." „Nach der zweiten Modifikation jenes Begriffes sind bei der Frage der Gefährlichkeit einer Handlung nur die dem Handelnden im Moment der That bekannten Umstände in Betracht zu ziehen." Es ist das der auch von uns gekennzeichnete Unterschied zwischen derjenigen konkreten Gefahr im weiteren Sinne, welche mit der abstrakten gleichwertig wird, und der konkreten Gefahr im engeren Sinne.

derselben beschränkt sich nicht auf von Menschen verfertigte Gegenstände, sondern umfasst alle Gegenstände, durch deren mechanische Einwirkung auf den Körper eines Anderen eine erhebliche Verletzung zugefügt werden kann.“ Dabei wird das subjektive Moment vollkommen verworfen, wie dies insbesondere aus folgender Stelle zu ersehen ist: „Ebenso ist es ohne Einfluss, ... ob das Werkzeug in gefährlicher Weise gebraucht wurde.“

v. Schwarze: „Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich“, § 223a No. 2, hat fast wörtlich die Definiton beibehalten, die er bei den Beratungen im Reichstag als Berichterstatter der Kommission vortrug. Dieselbe lautet: „Unter »Waffe« sind nicht blos diejenigen Gegenstände begriffen, die man im gewöhnlichen Leben als Hieb-, Stich-, Stoss- und Schiesswaffe bezeichnet, sondern jeder Gegenstand, mittelst dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines Andern eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann, dergestalt also, dass jedes solches Werkzeug als Waffe zu bezeichnen ist, wenn der Thäter entweder in dieser Absicht es zu gebrauchen, es mitgenommen, sich damit versehen, oder aber ohne eine solche Absicht es im Augenblicke gebraucht hat (Erklärung der Reichstagscommission Verhandl. S. 802). . . . . Andererseits kommt es nicht darauf an, ob im concreten Falle durch den Gebrauch wirklich eine beachtliche Gefährdung des Anderen herbeigeführt worden. . . . . Gleichgiltig ist hierbei die concrete Art und Weise der Anwendung des Werkzeugs etc.; auch die ungefährliche, ja zweckwidrige Anwendung schliesst den Paragraphen nicht aus.“ Auf die Unhaltbarkeit dieses extrem objektiven Standpunkts braucht an dieser Stelle nicht mehr eingegangen zu werden.

Olshausen: „Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“, § 223a No. 4, erläutert den Begriff „Waffe“ folgendermassen: „Man muss deshalb nach einem allgemeinen objektiven Merkmal suchen und wird solches in Anbetracht davon, dass Waffe i. e. S. ein zum Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bei äusseren Kämpfen bestimmtes Werkzeug ist, darin finden dürfen, dass es ein objektiv geeignetes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel gegen Menschen sein müsse, d. h. ein solches Mittel . . . . , welches, zum Angriff auf oder zur Vertheidigung gegen einen Menschen angewendet, geeignet ist, demselben durch mechanische Einwirkung eine seine Kampffähigkeit vermindernde Körperverltzg. beizubringen.“ Die aus

dem Begriff der Waffe hergeleitete Richtung des Angriffs gegen die Kampffähigkeit des Verletzten hat für die Körperverletzung absolut keine Bedeutung. Für den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ im besonderen verbindet Olshausen das objektive Merkmal in merkwürdiger Weise mit dem subjektiven. Nach seiner Ansicht kommt so zu sagen nicht die Species der Anwendung sondern das Genus derselben in Betracht. Er sagt nämlich: „im übrigen kommt die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges in Betracht, nicht seine Anwendung im konkreten Falle; . . . . Freilich muss berücksichtigt werden, wie die vom Thäter in concreto vorgenommene allgemeine Art der Benutzung des Werkzeuges war, z. B. ob ein Messer geöffnet oder zugeklappt, ob ein Gewehr zum Schiessen oder Schlagen gebraucht wurde, denn die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs ist je nach der einen oder anderen dieser Gebrauchsarten eine ganz verschiedene.“ Zunächst kann sich durch die Anwendung die Beschaffenheit des Werkzeugs nicht ändern. Sodann ist die Unterscheidung zwischen allgemeiner und besonderer Art der Benutzung überhaupt unzutreffend. Wenn ich jemanden mit einem Säbel nur ganz schwach schlage, so ist die allgemeine Anwendungsart, nämlich die zum Schlage, dieselbe wie bei einem starken Hieb. Es giebt also auch innerhalb ein und derselben Gattung Unterschiede in der Anwendung. Im Anschlusse an die obigen Ausführungen erklärt dann Olshausen: „Hiervon abgesehen ist dagegen gleichgültig, wie das Werkzeug im Einzelfalle angewendet wurde, also z. B. beim Gebrauche eines zugeklappten Messers die Kraftanstrengung, mit welcher, bzw. die Körpertheile des Verletzten, nach welchen geschlagen wurde.“ Gleich darauf modifiziert dies Olshausen wieder, indem er sagt, die besondere Gebrauchsart käme dann in Betracht, wenn durch sie die Gefährlichkeit der Handlung nicht vermehrt sondern vermindert würde. Durch dieses Zugeständnis vernichtet er mit einem Schlage das mühsam aufgerichtete Gebäude.[4])[5])

---

[4]) Bezüglich des Begriffs „Werkzeug“ führt Olshausen § 117 Note 12a aus: „Was den Begriff des »Werkzeuges« betrifft, so wohnt demselben an sich die Zweckbestimmung bei; es ist ein zu einem bestimmten Zwecke durch menschliche Thätigkeit vorgebildetes Mittel.“ Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, dass nicht die Bestimmung des Werkzeugs, sondern seine Eigenschaften dem Begriff wesentlich sind. In ihnen kommt die Bestimmung, die eine sehr mannigfaltige sein kann, mit zum Ausdruck. Für den strafrechtlichen Begriff modifiziert dann Olshausen auch hier wieder seine Ansicht.

[5]) Mit Bezug auf den Begriff der „Gefahr“ bekämpft Olshausen § 52

Meves: „Die Strafgesetz-Novelle vom 26. Febr. 1876". § 223a No. 3, definiert den Begriff der „Waffe", ohne auf denselben näher einzugehen, folgendermassen: „Es sind demgemäss als Waffen im Sinne des §. anzusehen nicht allein die Waffen im technischen Sinne, nicht blos das Messer, sondern überhaupt alle Gegenstände, welche zum Angriff oder zur Vertheidigung benutzt, gesundheits- oder lebensgefährliche Verletzungen hervorrufen können, wie Sensen, Knüppel, Flaschen, Gläser, Schlagringe, Hausschlüssel und dergl." Bemerkenswert ist hierbei die bestimmte Charakterisierung des Erfolgs durch die Hervorhebung der „gesundheits- oder lebensgefährlichen Verletzungen".

§ 12.

Der Standpunkt der Praxis.

Die Entscheidungen der höheren Gerichte beziehen sich teils auf den Begriff des „Werkzeugs", teils auf den der „Gefahr", zum grösseren Teil betreffen sie jedoch speziell den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs". Hierbei wird entweder das objektive Moment mit dem subjektiven verbunden oder ausschliesslich das erstere betont. Endlich giebt es auch Erkenntnisse, in denen die „Gefahr im objektiven Sinne" erörtert wird.

Für den Begriff des „Werkzeugs" kommt zunächst in Betracht

R.G.E., Bd. XXIV S. 372 ff.:

I. Str.-S. — Urt. v. 2. Nov. 93.

Es handelt sich hier darum, dass die Angeklagte ihre Stieftochter mit dem blossen Körper auf einen erhitzten Kochherd gesetzt hat, also um die bekannte Frage, ob eine Immobilie als Werkzeug an-

---

Note 7 die Verwendung des Begriffs der Wahrscheinlichkeit. Trotzdem steht er bezüglich des ersteren auf einem rein subjektiven, und damit völlig unhaltbaren Standpunkt. Dies geht deutlich aus folgender Stelle hervor: „Eine »Gefahr« . . . . für Leib oder Leben liegt vor, wenn das durch die Drohung in Aussicht gestellte Uebel jene Rechtsgüter in ihrer ungestörten Existenz in fühlbarer Weise beeinträchtigt, d. h. wenn sie eine den Umständen nach berechtigte Beunruhigung des Bedrohten hervorzurufen geeignet ist (nicht nothwendig hervorruft)."

gesehen werden kann. Das Reichsgericht erklärt nun mit Recht, dass unter das gefährliche Werkzeug nur Gegenstände fallen, „die wenigstens geeignet sind, in Bewegung gesetzt werden zu können“. Diese vorsichtige Ausdrucksweise wählt das Reichsgericht, weil es dabei auch die Fälle im Auge behält, in denen „Immobilien Bestandteile haben, die an sich wieder beweglich sind“. Durch diese Entscheidung wird somit das erste Moment in unsrer Definition des Werkzeugs, die Benutzung mit der Hand, durchaus bestätigt.

Auch für das Erforderniss der mechanischen Einwirkung giebt es ein Erkenntnis, welches ebenfalls unsrer Begriffsbestimmung des Werkzeugs entspricht; vgl.

R.-Spr., Bd. IV S. 298 ff.:
Urt. d. II. Str.-S. v. 31. März 82.

In dem hier in Frage kommenden Fall hat der Angeklagte einem andern „den Inhalt einer Vitriolflasche ins Gesicht“ gegossen. Aus dem Umstande, dass im § 223a St.G.B. „Werkzeug“ Unterart von Waffe ist, und diese zur mechanischen Einwirkung dient, folgert das Reichsgericht, dass es unzulässig ist, Vitriol als ein gefährliches Werkzeug anzusehen. Besser wäre es allerdings gewesen, diese Folgerung direkt aus dem Begriff des Werkzeugs im technischen Sinne zu ziehen, da dieser ja auch dem Begriff der Waffe zu Grunde liegt.

Endlich ist hier auch noch heranzuziehen

R.G.E., Bd. VIII S. 315 ff.:
II. Str.-S. — Urt. v. 1. Juni 83,
bezw. R.-Spr., Bd. V S. 393 f.

Diese Entscheidung beschäftigt sich damit, dass der Angeklagte einen Hund auf den Verletzten gehetzt hat, um diesem eine Körperverletzung zuzufügen. In erster Instanz wurde der Hund als gefährliches Werkzeug erachtet. Diese Auffassung verwirft das Reichsgericht mit der Begründung, dass man einen Hund nicht zur mechanischen Einwirkung benutzen könne. Es heisst nämlich in dem Erkenntnis: „Derjenige aber, welcher durch Anreizung auf einen Hund, oder sonst ein gefährliches Tier, dergestalt einwirkt, dass dieses den Körper eines Menschen verletzt, führt die Körperverletzung nicht durch *mechanische* Einwirkung herbei.“ Das Reichsgericht fühlt zwar,

worauf es ankommt, kann den Gedanken aber nicht scharf ausdrücken. Der Hund ist natürlich deshalb kein Werkzeug, weil derselbe nicht der menschlichen Hand zur Einwirkung dient, und dies wieder aus dem einfachen Grunde, weil er die hierzu erforderlichen Bewegungen selbstständig ausführt.

Des weiteren ist auf eine Definition des Begriffs „Gefahr“ hinzuweisen, welche das Reichsgericht bei einer Erörterung über die Merkmale einer das Leben gefährdenden Behandlung aufstellt; vgl.

R.G.E., Bd. VI S. 397:

III. Str.-S. — Urt. v. 14. Juni 82:

„Der Ausdruck »Gefahr« und »Gefährdung« bedeutet die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines in naher oder entfernter Zukunft nach menschlicher Erfahrung und den Gesetzen der Kausalität zu erwartenden schädlichen Ereignisses. Wie stark die Wahrscheinlichkeit und wie nahe die danach zu befürchtende Eventualität sein muss, um von vorhandener Gefahr sprechen zu können, lässt sich eben nur für den Einzelfall entscheiden.“ Diese Definition ist absolut unbrauchbar. Es wird weder geschieden zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, noch auch der erforderliche Grad der letzteren näher charakterisiert, ganz abgesehen davon, dass die verschiedenen Arten der Gefahr nicht berücksichtigt sind.

Im Anschlusse hieran sind nun diejenigen Entscheidungen anzuführen, welche speziell den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ betreffen und für die Erklärung desselben sowohl das objektive als das subjektive Moment verwerten.

Hierfür kommt zunächst in Betracht

R.G.E., Bd. IV S. 397:

II. Str.-S. — Urt. v. 8. Juli 81.

Das Erkenntnis knüpft daran an, dass der erste Richter es unentschieden gelassen hat, „ob die Verletzung mit einem zugeklappten Taschenmesser“ „oder mit einer Zimmermannsbleifeder“ „zugefügt sei“, weil mit Rücksicht darauf, dass blutige Kopfwunden zugefügt worden sind, die Bleifeder ebenso als ein gefährliches Werkzeug angesehen werden müsse, wie ein zugeklapptes Messer. Hiernach konstatiert das Reichsgericht, dass der Richter nur den Erfolg berücksichtigt hat. Diese Methode der Beurteilung wird als rechtsirrtümlich bezeichnet, und im Anschlusse hieran auf die für eine solche massgebenden Momente folgendermassen hingewiesen: „Unter einem gefährlichen Werkzeuge

kann nur ein solches verstanden werden, welches, wenn es als Mittel zu einer Körperverletzung benutzt wird, nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung geeignet ist, erheblichere Körperverletzungen zuzufügen. Ob im einzelnen Falle ein Werkzeug als ein gefährliches in diesem Sinne zu betrachten sei, unterliegt der thatsächlichen Beurteilung des ersten Richters, welcher dabei einerseits die Beschaffenheit des benutzten konkreten Werkzeuges, andrerseits die Wirkungen, welche ein solches als Angriffsmittel benutztes Werkzeug nach der Art und Weise seiner Benutzung erfahrungsgemäss hervorzubringen geeignet ist, zu berücksichtigen hat." [1]) Die wesentlichsten Momente für die Beurteilung sind hier in durchaus zutreffender Weise hervorgehoben.

Dies gilt im allgemeinen auch von einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts; vgl.

R.-Spr., Bd. I S. 781:
Erk. d. III. Str.-S. v. 15. Mai 80.

Als Thatbestand ist angegeben, dass der Angeklagte mit einem zugeklappten Taschenmesser Schläge gegen das Gesicht des Verletzten geführt hat. Es wird nun mit Recht darauf hingewiesen, dass das Messer bei diesem Gebrauch als gefährliches Werkzeug angesehen werden müsse, und dabei folgendes ausgeführt: „Unter einem gefährlichen Werkzeuge versteht der § 223a einen Gegenstand, der, wenn er als Mittel einer Körperverletzung gebraucht wird, entweder schon durch seine natürliche Beschaffenheit allein bei jedem derartigen Gebrauche, oder bei der bestimmten Art, in welcher von ihm in (!) concreten Fall Gebrauch gemacht worden, geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung zu verursachen." Die hierin neu aufgestellte Unterscheidung ist überflüssig; es genügt die Trennung des objektiven und subjektiven Moments.

Bezüglich des Erfolgs betonen beide Reichsgerichts-Entscheidungen die Erheblichkeit der Verletzung, die im übrigen vollkommen unbestimmt gelassen ist.

---

[1]) Ähnliche Entscheidungen existieren für die das Leben gefährdende Behandlung; vgl.

R.G.E., Bd. VI S. 396 ff.:
III. Str.-S. — Urt. v. 14. Juni 82,
desgl. R.G.E., Bd. X S. 1 ff.:
I. Str.-S. — Urt. v. 19. Jan. 84.

Endlich ist noch auf zwei Erkenntnisse in der „Sammlung von Entscheidungen des königl. Oberlandesgerichtes München" etc. hinzuweisen, die im wesentlichen dieselben Gesichtspunkte für die Beurtheilung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs aufstellen.

In dem einen Fall, vgl.

E. O.L.G. M., Bd. III S. 304 f.:
Beschl. v. 25. Sept. 84,

handelt es sich darum, dass der Thäter den Verletzten „durch Schläge mit dem dünneren Ende eines Totschlägers auf den Kopf" misshandelt hat. Wegen dieser Art der Anwendung wird der Totschläger nicht als gefährliches Werkzeug erachtet. Dementsprechend lautet die Überschrift zu dem Beschlusse: „Für die Entscheidung darüber, ob das Werkzeug, mittels dessen eine Körperverletzung begangen worden ist, als »gefährliches« Werkzeug zu betrachten sei, ist nicht blos die Beschaffenheit desselben von Belang, sondern auch die Art seiner Benützung."

Das zweite Erkenntnis, vgl.

E. O.L.G. M., Bd. V S. 327 f.:
Urt. v. 21. Juni 89,

führt aus, dass ein Steinklopfhammer auch bei nur mässigem Kraftaufwand als gefährliches Werkzeug erachtet werden müsse, da schon diese Art der Anwendung zur Herbeiführung einer erheblichen Körperverletzung genüge. Auch an dieser Stelle ist das subjektive Moment richtig hervorgehoben.

Es giebt nun aber auch Entscheidungen, in denen im Gegensatz zu den erwähnten die Betonung des subjektiven Moments fehlt; vgl.

R.-Spr., Bd. I S. 442 ff.:
Erk. d. III. Str.-S. v. 10. März 80.

In dem hier in Betracht kommenden Fall ist ein Bierglas zum Zuschlagen benutzt worden. Es wird nun darauf hingewiesen, dass der Gegenstand zur Zufügung von Verletzungen nicht bestimmt, sondern nur geeignet zu sein braucht, und unter gefährlichen Werkzeugen solche zu verstehen seien, „die ihrer gewöhnlichen Wirkung nach die menschliche Gesundheit zu gefährden und erhebliche Körperverletzungen hervorzubringen geeignet sind". Das Bierglas wird demnach zu den gefährlichen Werkzeugen gerechnet. Beachtenswert ist hierbei nur die Zusammenstellung von Gesundheitsgefährdung und Hervorrufung einer erheblichen Körperverletzung. Nun heisst es aber weiter: „Anderer-

seits kann . . . . zugegeben werden, dass nicht jedes Werkzeug als ein gefährliches anzusehen ist, welches unter Umständen und je nach der Handhabung desselben im einzelnen Falle erhebliche Körperverletzungen zur Folge haben kann. Entscheidend ist aber auch hier nicht die Eigenschaft, welche einem Werkzeuge an sich, also nach seiner Bestimmung und dem durch dieselbe gegebenen regelmässigen Gebrauche beiwohnt. •Vielmehr entscheidet lediglich die objective Gefährlichkeit . . . . . Der Vorderrichter hat . . . . . nicht rechtlich geirrt, wenn er das . . . . Bierglas seiner Beschaffenheit nach als ein gefährliches Werkzeug erachtet hat.“ Es kann nur angenommen werden, dass das Reichsgericht hier speziell die Berücksichtigung des gewöhnlichen Gebrauchs des Gegenstands, also beim Bierglas die Benutzung zum Trinken, als unmassgeblich bezeichnen wollte, und danach die Ausdrucksweise gewählt hat. Dafür spricht auch, dass am Anfang der citierten Stelle von der Handhabung die Rede ist.

Eine derartige Erklärung ist in dem folgenden Erkenntnis nicht möglich; vgl.

R.-Spr., Bd. II S. 496 ff.:
Urt. d. II. Str.-S. v. 12. Nov. 80.

Als Thatbestand liegt zu Grunde, dass der Thäter eine Frau „mittelst eines mit 2 Zähnen versehenen Ruders ins Wasser gestossen“ hat. Der Angeklagte beruft sich nun auf die Art der Anwendung des Ruders. Er habe es nicht zum Schlag sondern zum Stoss benutzt. Eine Verletzung sei nicht entstanden, der Stoss mithin nur schwach gewesen. Demgegenüber erklärt das Reichsgericht, dass es auf den Kraftaufwand dabei nicht ankomme. „Der gefährliche Charakter eines Werkzeugs“, so heisst es dort, „muss objectiv festgestellt werden. Es kommt für den Thatbestand nur darauf an, ob der zur That benutzte bewegliche Gegenstand an sich der Art ist, dass mittelst desselben eine die Gesundheit und die Gliedmassen des Verletzten gefährdende Misshandlung bzw. Körperverletzung begangen werden kann, nicht darauf, ob der Thäter sich im einzelnen Falle des Werkzeugs mit grösserer oder geringerer Kraftanstrengung, zum Schlagen oder zum Stossen bedient hat.“ Diese Entscheidung berücksichtigt also das subjektive Moment überhaupt nicht. Ob die Art der Anwendung im speziellen Fall schon an sich ausreicht, und dies vielleicht zu derartigen Ausführungen verleitet hat, kann ohne genauere Kenntnis des Thatbestands nicht entschieden werden. Jedenfalls durfte man auch

dann nicht ausschliesslich das objektive Moment betonen. Wir haben die Unhaltbarkeit eines solchen Standpunkts bereits früher ausführlich begründet. Bemerkenswert ist immerhin die Hervorhebung der Gefährdung der Gesundheit und der Gliedmassen.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass mehrere Entscheidungen die dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs zu Grunde liegende Gefahr als eine Gefahr im objektiven Sinne charakterisieren; so

R.G.E., Bd. II S. 278 f.:
III. Str.-S. — Urt. v. 29. Sept. 80.

Hier beruft sich der Angeklagte auf § 59 St.G.B., indem er angiebt, er sei sich „der Eigenschaft des von ihm gebrauchten Stockes als eines gefährlichen Werkzeuges" „nicht bewusst gewesen". Mit Recht verwirft das Reichsgericht diesen Einwand. Denn es handelt sich im § 223a, wie wir gesehen haben, um eine Gefahr im objektiven Sinne, bei der nur die Merkmale des Thatbestands, nicht ihre Beurteilung durch den Thäter in Frage kommt. In entsprechender Weise erklärt

R.G.E., Bd. XXVI S. 61 f.:
III. Str.-S. — Urt. v. 24. Sept. 94

es für den § 223a als irrelevant, dass der Thäter irrtümlich statt des Schrotlaufs den Kugellauf seines Gewehrs abgeschossen, sich also in der Species der Waffe geirrt hat. [2])

---

[2]) Ähnliche Entscheidungen existieren für die das Leben gefährdende Behandlung; vgl.

R.R.E., Bd. II S. 106 ff.:
I. Str.-S. — Urt. v. 14. Juni 80,
desgl. R.G.E., Bd. X S. 100 ff.:
I. Str.-S. — Urt. v. 14. Febr. 84,
endlich R.G.E., Bd. XVII S. 279 ff.:
III. Str.-S. — Urt. v. 12. März 88.

DRITTES BUCH.

Kritische Bemerkungen.

§ 13.

Kritik de lege lata.

Der § 223a St.G.B. ist in mehrfacher Beziehung einer scharfen Kritik zu unterwerfen.

Vom deutschphilologischen Standpunkt aus muss man sagen, dass in der Ausdrucksweise des Gesetzes von dem allgemeinen Sprachgebrauch in einer Weise abgewichen ist, die weder durch irgend etwas bedingt, noch gerechtfertigt ist. Das Wort „Werkzeug“,[1]) insbesondere aber der Ausdruck „Waffe“[2]) wird im gewöhnlichen Leben fast ausschliesslich in einem engeren, technischen Sinne gebraucht. Daneben kommt vereinzelt eine übertragene Bedeutung dieser Worte vor. Eine dritte Art von Gedankeninhalt verbindet sich mit diesen Begriffen in unsrem Paragraphen. Das Wort „Werkzeug“ bedeutet hier ungefähr soviel wie Gegenstand mit fester Substanz. Der Begriff „Waffe“ endlich umfasst Bierseidel, Stiefelabsätze, Spazierstöcke, je nach der Auffassung auch glühende Oefen und Schwefelsäure etc. etc., überhaupt alle gefährlichen Werkzeuge, wenn sie auch nicht bestimmungsgemäss zur Zufügung von Verletzungen dienen.

Es braucht kaum darauf hingewiesen zu werden, dass in der künstlichen Veränderung des einem Wort zu Grunde liegenden Gedankeninhalts ein schwerer gesetzestechnischer Fehler liegt. Auf der

---

[1]) Vgl. o. S. 11 A. 1.

[2]) Vgl. Sanders, Wörterbuch der Deutschen Sprache, s. v. „Waffe“:

„1. Werkzeug zum Angriff oder zur Vertheidigung, nam.: a) künstliches, womit der Mensch sich zu dem angegebnen Zwecke versieht, ... b) (s. a) oft bildl., übertr. (s. 3) . . . .

2. (s. 1a α) als Bez. der W-n tragenden Mannschaft. Truppen . . . .

3. als veralt. Hilfsruf . . . .

4. (s. 1 b) zuw. verallgemeint = Werkzeug . . . .

5. (s. 1a α γ, vgl. Schild 1; 3) nur noch vereinzelt statt Wappen (s. d.) . . “

einen Seite ist die Theorie und Praxis gezwungen, erst durch mühsame Deduktionen diesen Gedankeninhalt festzustellen, andrerseits wird dadurch eine grosse Rechtsunsicherheit bei denen erzeugt, die das Gesetz zu beobachten haben. Man wird gezwungen, das Juristendeutsch wie eine fremde Sprache zu studieren. Die Zulassung von Laienrichtern zur Rechtsprechung bietet in dieser Beziehung eine besondere Gefahr.

Vom logischen Standpunkt aus ist zu sagen, dass die Fassung des § 223a St.G.B. vollkommen verunglückt ist. Man darf die Gesetze der Logik nicht anwenden, wenn man nicht zu den wunderbarsten Resultaten gelangen will. Wir sind auf die einzelnen Konsequenzen der Ausdrucksweise bereits an andrer Stelle [3]) näher eingegangen. Es genügt, hier auf den einen Hauptpunkt hinzuweisen, dass das minus (Waffe) das maius (gefährliches Werkzeug) enthält.

An den logischen Mängeln trägt vor allem die Reichstagskommission Schuld, welche es nicht für nötig befunden hat, sich vollkommen in den Geist der Regierungsvorlage zu versetzen und bei den vorgenommenen Einschaltungen zu prüfen, ob durch sie gleichzeitig eine Änderung des übrigen Wortlauts bedingt ist. Auch in den Reichstagsverhandlungen hat man sich die Tragweite der Ausdrucksweise keineswegs genügend klar gemacht.

Der letztere Umstand hat natürlich auch seine Konsequenzen für den juristischen Wert des Paragraphen. In den Beratungen des Gesetzentwurfs wurde mit behaglicher Breite hervorgehoben, dass man die Frage, wie die Mittelstufe der Körperverletzungen zu charakterisieren sei, nun endlich und in überaus glücklicher Weise gelöst habe.[4]) Man glaubte in der Gefährlichkeit der Handlung ein „bestimmtes, objektives, klares Moment“ [5]) gefunden zu haben.

Abgesehen davon, dass man wahrscheinlich den Urheber dieser Äusserung mit der Frage nach dem Begriff der Gefährlichkeit einigermassen in Verlegenheit gesetzt hätte, zeigt die schwankende und mannigfaltige Auffassungsweise in Theorie und Praxis, dass genau das Gegenteil jener Annahme zutrifft. Gerade die Prädizierung „gefährlich“, wie überhaupt jede Verwendung der Möglichkeitsbegriffe im Strafrecht,

---

[3]) Vgl. o. S. 29 ff.

[4]) Vgl. die Rede des Abgeordneten Dr. Lasker in der 19. Sitzung des deutschen Reichstags vom 3. Dezember 1875 St.B. 1875/76 S. 390.

[5]) Vgl. o. S. 6 A. 18.

bietet der begrifflichen Erfassung der Merkmale und ihrer knappen Fixierung durch Worte nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Ja wir haben sogar zu zeigen versucht[6]), dass, wie so häufig im Strafrecht, so auch in unsrem Fall auf eine Definition mit ganz genau bezeichneten Merkmalen verzichtet werden muss, weil sich immer ergeben würde, dass die Grenzen für einige Fälle zu weit, für andre gleichzeitig zu eng gezogen sind. Man muss sich vielmehr darauf beschränken, die wesentlichen Momente des Begriffs hervorzuheben, die allerdings genau angebbar sind, wenn auch bisher eine Einigung über dieselben noch nicht erzielt worden ist. Die Subsumierung der konkreten Thatbestände ist also durch jene neue Charakterisierung der Mittelgruppe keineswegs so erheblich erleichtert worden, wie man sich dies ursprünglich vorstellte.

Was endlich den kriminalpolitischen Standpunkt anbetrifft, so erscheint der Strafrahmen in Anbetracht der grossen Zahl der unter den § 223a St.G.B. fallenden Handlungen als zu eng, und das Strafmass mit Rücksicht auf die besondere Gefährlichkeit mancher dieser Handlungen als zu niedrig. Wer einen andern mit einem Messer sticht, muss damit gerechnet haben, dass eventuell eine der schweren Folgen eintritt, die im § 224 aufgezählt sind, beziehungsweise hätten aufgezählt werden müssen; denn die besondere Art der Verletzung hängt bei den vielen Zufälligkeiten, die hier mitspielen können, nicht allein vom Willen des Thäters ab. Irgend eine Bewegung des Angegriffenen kann schon einen andern Erfolg herbeiführen. Ob der Stich nur in Fleischteile gehen oder auch beispielsweise die Lungen, die Leber etc. etc. verletzen wird, kann der Thäter vorher gar nicht berechnen. Er legt also in jedem Fall eine ganz immense Roheit der Gesinnung an den Tag.

Für derartig schwere Fälle, insbesondere zum Beispiel für die unverbesserlichen Messerhelden, muss auch die Zuchthausstrafe zur Verfügung stehen, und ihre Anwendung darf nicht davon abhängig sein, dass das Messer vielleicht zufällig in das Auge geraten ist.

Ebenso erscheint wegen der in allen Fällen vorhandenen Gefahr einer eventuell schwereren Verletzung auch die untere Grenze des Strafrahmens als zu niedrig.

Bei dem Fehlen der Zuchthausstrafe muss es auf Grund der angegebenen Gesichtspunkte auch als Mangel bezeichnet werden, dass nicht wenigstens der fehlgeschlagene Versuch unter Strafe gestellt ist.

---

[6]) Vgl. o. S. 49.

§ 14.

Vorschläge de lege ferenda.

Was nun die Abhülfe der vorhandenen Mängel anbetrifft, so giebt es verschiedene Möglichkeiten.

Soll der Begriff der Gefahr beibehalten werden, so müsste man vor allen Dingen den Ausdruck „Werkzeug“ durch „Mittel“ ersetzen, damit auch die chemischen Substanzen und gewisse Immobilien, die auf anderm Wege dieselbe Wirkung hervorrufen, unter die gefährliche Körperverletzung fallen.

Sodann wäre es wünschenswert, die wesentlichsten Momente des Gefahrsbegriffs mit in den Wortlaut zu bringen, also vor allem das objektive und das subjektive Moment in den erkennbaren Bedingungen einerseits und den vorgestellten Erfolg andrerseits.

Man würde also sagen können: „Hat sich der Thäter bei Begehung der Körperverletzung eines Mittels bedient, welches bei seiner Verwendung zum Angriff auf den Körper eines andern geeignet ist, eine Beschädigung der Gesundheit des Angegriffenen herbeizuführen, so tritt Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 3 Monaten ein.“

Bei dieser Fassung ist die Prüfung des konkreten Thatbestands sehr vereinfacht. Man hat nicht mehr zu fragen, ist der betreffende Gegenstand gefährlich oder nicht, sondern lediglich zu untersuchen, ob er so beschaffen ist, dass er bei seiner Verwendung zum Angriff geeignet ist, eine Gesundheitsbeschädigung hervorzurufen. Diese Frage wird der Richter in den meisten Fällen leicht beantworten können, ohne das Gutachten eines medizinischen Sachverständigen zu brauchen.

Will man besonders wichtige Fälle hervorheben, so mag man Waffen, Messer und ätzende Flüssigkeiten nennen.

Durch die Aufnahme der Zuchthausstrafe in den Strafrahmen kommt die ursprüngliche Absicht, lediglich die Gefährlichkeit der Handlung zu treffen, ihrer Verwirklichung bedeutend näher, insofern es dann einen Versuch der gefährlichen Körperverletzung giebt, und der Eintritt eines Erfolgs gleichsam nur noch Bedingung höherer Strafbarkeit ist.

Eine zweite Möglichkeit wäre die, den Begriff der Gefahr ganz auszuschalten, indem man die Bezeichnung „gefährliches Werkzeug“ aufgiebt.

Es würde sich dann empfehlen, eine Mittelgruppe aus denjenigen

Körperverletzungen zu konstruieren, welche unter Anwendung von Gegenständen herbeigeführt sind, deren bestimmungsgemässer Gebrauch in der angriffsweisen [1]) Zufügung von Verletzungen besteht, also der Waffen im technischen Sinne. Ihnen wäre aus praktischen Gründen das Messer beizugesellen. Der Gebrauch einer Waffe oder eines Messers stellt sich nicht nur als ein durchaus berechtigter Qualifikationsgrund dar, sondern liefert auch ein bestimmtes Merkmal für die Beurteilung der Gefährlichkeit einer Handlung. Wir kämen damit zu folgender, der Regierungsvorlage [2]) entsprechenden Fassung: „Ist die Körperverletzung mittelst einer Waffe oder eines Messers begangen worden“ etc. Die Strafen des § 223a St.G.B. bleiben die oben vorgeschlagenen.

Alle übrigen Fälle müssten dann unter den § 223 gebracht werden und einen andern, nicht minder wichtigen, allgemeinen Qualifikationsgrund erhalten, nämlich die aus der Art der Begehung sprechende Roheit der Gesinnung. Man würde dann dem § 223 einen Absatz 3 mit folgendem Wortlaut hinzuzufügen haben: „Die Strafen des § 223a finden Anwendung, wenn der Thäter durch die Art der Begehung eine besondere Roheit der Gesinnung an den Tag gelegt hat.“ Das Antragserfordernis würde dann natürlich auf diese Fälle nicht auszudehnen sein, und es müsste dementsprechend im § 232 St.G.B. hinter dem Wort „vorsätzlicher“ eingeschaltet werden: „mit Ausnahme der im § 223 Absatz 3 genannten“.

Hierbei wird nicht verkannt, dass Fälle vorkommen können, bei denen auch dieses subjektive Moment nicht so leicht festzustellen ist. Ein genauer Nachweis desselben ist aber bei der vorgeschlagenen Fassung — und darin liegt ihr Hauptvorzug — auch gar nicht erforderlich, insofern es sich nur um eine Strafzumessungsregel handelt, und dadurch den konkreten Umständen des Falls in umfangreichster Weise Rechnung getragen werden kann. Spielraum für das richterliche Ermessen und eine gewisse Begrenzung desselben werden so in zweckmässiger Weise vereinigt.

---

[1]) Jede Verteidigung, welche eigenen Schutz in der Verletzung des Gegners sucht, sich also nicht auf den Gebrauch rein abwehrender Mittel beschränkt, enthält selbst wieder ein aggressives Moment, sodass wir hier die Verteidigung neben dem Angriff nicht besonders hervorzuheben brauchen.

[2]) Sh. o. S. 5 A. 12.


Gebrüder Böhm, Kattowitz.

Über das

Objekt bei den strafbaren Angriffen

auf vermögensrechtliche Interessen.

Gekrönte Preisschrift
der Münchener Juristen-Fakultät.

Von

Friedrich Doerr,

Doktor der Rechte.

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von
Professor Dr. Ullmann, München.

Dem Andenken meines Vaters

Joh. Dörr,

weil. ersten Lehrers und langjährigen Mitglieds des Stadtrats

in Ludwigshafen a. Rh.



VORWORT.

Die juristische Fakultät der kgl. Ludwig-Maximilians-Universität München hatte für das Jahr 1895/96 folgendes Preisthema gestellt: „Es ist die Frage nach dem Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen einer eingehenden kritischen Untersuchung zu unterziehen.“ Der vorliegenden Abhandlung ist unter sechs eingelaufenen Bearbeitungen die hohe Ehre zu teil geworden, von der Fakultät im Juni letzthin mit dem Preise ausgezeichnet zu werden.

Bezüglich der vielumstrittenen Frage, ob die sog. Eigentums- oder die sog. Vermögensdeliktstheorie das richtige Angriffsobjekt treffe, habe ich mich für letztere entschieden. Ich habe zu begründen versucht, dass das Angriffsobjekt bei allen Vermögensdelikten das gleiche ist, nämlich das wirtschaftliche Vermögen. Für den Diebstahl und die verwandten Delikte wird dies seitens der herrschenden Meinung nicht anerkannt; darum bezieht sich meine Arbeit im Schwerpunkt auf diese Verbrechen.

Nur die Überzeugung davon, dass die Wissenschaft Wahrheit wolle und darnach streben müsse, nicht leere Oppositionssucht hat meine abweichende Stellungnahme zu herrschenden Ansichten veranlasst. Möge die folgende Darstellung in diesem Sinne auf-

genommen werden! Möge man sich überzeugen lassen, dass die Vermögensdelikte unter dem Gesichtspunkt der Vermögensdelikts-theorie eine sehr viel einfachere, weil einheitlichere, Gestalt und einen logisch haltbareren Inhalt annehmen, als dies unter dem Zeichen der Eigentumsdeliktstheorie begründeterweise möglich ist! —

An dieser Stelle endlich kann ich nicht umhin, einer angenehmen Pflicht zu genügen und allen meinen stets hochverehrten Lehrern, die mich als Heidelberger und Münchener Studenten in die Rechtswissenschaft eingeführt und meine Studien gefördert, den schuldigen Dank zu erstatten.

München, im November 1896.

Dr. Fr. Doerr.

Inhalt.

EINLEITUNG.

§ 1.

Entsprechend dem Subjekt des Verbrechens[1]), als dem zurechnungsfähigen Menschen, gibt es ein oder mehrere Objekte[2]) des Verbrechens. Bisher war man stets darüber uneinig, was eigentlich hierunter zu verstehen sei. Denn man könnte schliesslich alles Mögliche als das Objekt des Verbrechens bezeichnen[3]), und man hat es bisweilen auch gethan. Die Unsicherheit hat aber ihren Grund darin, dass es der Rechtsphilosophie z. Z. noch nicht gelungen ist und ihr nicht so schnell gelingen wird, einen materiellen Begriff für das Verbrechen aufzufinden. In formeller Hinsicht, d. h. mit Rücksicht auf das positive Recht, definiert man das Verbrechen zwar als „vom Staate mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung"[4]) oder als „vom Staat mit Strafe bedrohten, schuldhaften, rechtswidrigen Angriff auf rechtlich geschützte Interessen"[5]) oder als „vom Staat mit Strafe bedrohte schuldhafte Übertretung eines staatlichen Imperativs"[6]) und dgl., aber der materielle Begriff hat

---

[1]) Verbrechen im wissenschaftlichen, nicht im Sinne der Dreiteilung des R.St.G.B.

[2]) Der Ausdruck „corpus delicti" hierfür ist viel zu unbestimmt, um heute noch grössere Verwendung in der wissenschaftl. Sprache finden zu können. (Corp. del. = „Thatbestand".)

[3]) Weil nämlich dem menschlichen Bewusstsein alles als Objekt erscheinen kann.

[4]) So A. Geyer; Schütze; Binding; v. Liszt in der 1. Aufl. seines Lehrb. (1881) § 17 S. 64: „Verbrechen ist die vom Staate mit Strafe bedrohte, schuldhafte, normwidrige Handlung; kürzer: das strafbare Delikt"; ebenso in den neueren Aufl., z. B. 7. Aufl. 96 § 25 S. 96: „Verbrechen ist das vom Staate mit Strafe bedrohte Unrecht. Unrecht aber ist . . . die schuldhafte rechtswidrige Handlung." [Unrecht = Delikt]; Schaper in Holtzd. Hdb. d. Strafr. II. S. 88.

[5]) So v. Liszt, Lehrb. (5. Aufl. 92) § 23 S. 119.

[6]) So E. Ullmann. — „Staatl. Imperativ" und „Norm" (Binding) sind Synonymen.

vornehmlich die Frage zu beantworten, „welche Handlungen[7])[8]) der Staat mit Strafe (i. e. Kriminalstrafe) bedrohen solle". In dieser Hinsicht wird das Verbrechen im materiellen Sinn (=strafwürdige Handlung im Gegensatz zum formellen, d. h. der mit Strafe bedrohten Handlung) aufgefasst:

1. als Verletzung eines subjektiven Rechts (Feuerbach, R. Löning [Grundriss S. 18]);
2. als Normübertretung (Binding);
3. als Verletzung (bezw. Gefährdung) eines Rechtsguts, eines rechtlich geschützten Interesses (v. Liszt).

Andere Definitionen übergehe ich. Nur soviel sei über diesen Punkt gesagt: So wenig der Begriff der Sittlichkeit[9]) zu allen Zeiten

[7]) Es ist klar, dass die „Verletzung", die (Norm-) Übertretung nur Bedingung, Merkmal oder endlich Wirkung des Verbrechens, der verpönten Handlung ist; nicht die „Verletzung" etc. wird bestraft bezw. mit Strafe bedroht, sondern der Thäter, weil seine Handlung eine Verletzung und dgl. enthält. Das Verbrechen ist die gesetzliche Bedingung für die Strafe. Es ist somit nicht das Verbrechen als Objekt der Strafe zu betrachten; daher ist auch das Verbrechen nicht die vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung, und alle Folgerungen aus diesem Satz sind nicht stichhaltig. So mit gutem Recht Sliosberg in der Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XI. (1891) S. 702 ff. („Das Objekt der Strafe"); ebenso H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. 95 S. 27: Nicht die Handlung selbst, sondern der Thäter wegen der Handlung wird bestraft; es kommt also für die Bestrafung nicht bloss auf die begangene That, sondern auch auf die Persönlichkeit des Thäters an u. s. w. Trotzdem die Person des Handelnden, nicht die verbrecherische Handlung, die „Brücke zwischen Verbrechen und Strafe", die logische Definition des Verbrechens im bezeichneten Sinn sonach unrichtig ist, wird diese doch allenthalben verwendet, sogar vom Gesetz selbst [cf. St.G.B. §§ 247,2; 370 Ziff. 5 Abs. 2; 46; 53,3; 59,2; 80; 86,1 u. a.]. Im Fall des § 247,2 cit. bleibt z. B. thatsächlich (nicht der Diebstahl, sondern) der Dieb „straflos".

[8]) Auf den Begriff der „Handlung" als der Einheit von Wille und That werden wir an anderer Stelle zurückkommen.

[9]) Die Sittlichkeit beruht auf der Sitte. Diese ist immer Gewohnheit; aber nur die Gewohnheit ist Sitte, in der das innere Wesen einer Gemeinschaft sich Ausdruck verschafft. Darum muss sie von selbst entstehen und die Entwicklung der Gemeinschaft teilen. Die Sitte ist Ausdruck für die geschichtliche Erinnerung der Völker. Aus der Sitte entsteht das Recht. Sie ist Ausdruck dessen, was ist; das Recht dessen, was sein soll. Die Macht der Sitte, der Gewohnheit, ist grösser als die des Rechts; denn sie übt einen starken inneren Zwang aus, indem der einzelne an die Gemeinschaft sich gebunden weiss, der er angehört. Das Recht dagegen bedarf äusserer Macht- und Zwangsmittel. — Cf. Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. I. S. 461: „Es ist . . . der naturgemässe geschichtliche Entwicklungsgang des Strafrechts, dass mit steigender Gesittung und Befestigung der rechtlichen und staatlichen Ordnung die ihr vom Verbrechen drohende Gefahr sich mindert und mit ihr die Strenge der Strafen."

und bei allen Völkern derselbe ist, so wenig darf man behaupten, man könne eine allgemein giltige Definition für das Verbrechen im materiellen Sinn finden[10]), wie es die naturrechtliche Schule sich vorgestellt hat. Was heute als Verbrechen angesehen wird, kann nach längerer oder kürzerer Zeit als erlaubt gelten und umgekehrt, wofür Beispiele aus der Geschichte des Strafrechts in Menge unschwer aufzufinden sind. Die Grenze zwischen strafbarem (kriminellen) und zivilem (straflosen) Unrecht, die Grenze des Kriminalgebiets, ist eine schwankende[11]). Kriminalpolitische Rücksichten[12]) müssen vor allem den Gesetzgeber leiten, wenn er darauf Anspruch erheben will, ein den momentanen Verhältnissen und Volksanschauungen entsprechendes Recht zu setzen. Auf soziale und staatliche Zustände hat er bei der Schaffung von Verbrechen im formellen Sinn vornehmlich seine Rücksicht zu nehmen. Der Gesetzgeber muss sich vor Augen halten, inwieweit er Interessen[13]) und welche er anerkennen und infolgedessen unter strafrechtlichen Schutz stellen will[14]). Erkennt das Strafrecht derartige Interessen an, so schützt es zugleich die mannigfaltigen Güter, an die sich menschliche

---

[10]) Wenn daher die richtige Definition für das Verbrechen i. mat. S. notwendige Voraussetzung zur Erklärung des Verbrechensobjekts ist, so nämlich, dass erst, wenn man mit Sicherheit weiss, was materielles Verbrechen ist, man sagen kann, was Objekt des Verbrechens ist, so wird auch die Frage nach dem Objekt etc. in absehbarer Zeit nicht ihre Lösung finden können.

[11]) Diese Ansicht hat sich immer mehr Bahn gebrochen, namentlich seitdem sie in Heinze und Binding beachtenswerte Vertreter gefunden. Vgl. hingegen auch W. Sjögren, Zur Lehre v. d. Formen des Unrechts und den Thatbeständen d. Schadenstiftung, Iherings Jahrbücher 35. Bd. (1896) S. 343 ff., bes. S. 357 ff.; J. Makarewicz, D. Wesen des Verbrechens. Wien 1896 [darüber L. Gumplowicz i. Jurist. Litteraturblatt No. 76 v. 4. Juli 96 S. 145 f.]

[12]) Die Betrachtung des Rechts unter dem Gesichtspunkt des Zweckes ist — wie Liszt in der Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. VIII (1888) S. 139 f. sagt — die Aufgabe der Politik, soweit es sich um Verbrechen und Strafe handelt, der Kriminalpolitik. Man darf nicht darauf verzichten, an das geltende Recht den Massstab des Zweckgedankens anzulegen; ein solcher Verzicht wäre der Tod unserer Wissenschaft.

[13]) Alle Interessen sind Lebensinteressen. Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebensinteresse zum rechtlich geschützten Interesse, zum Rechtsgut (v. Liszt). Die geschützten Interessen können den verschiedensten Rechtsgebieten angehören.

[14]) Er wird regelmässig nur solche Interessen für relevant erachten, die nicht bloss Interessen eines oder des einzelnen Staatsbürgers, sondern nicht in letzter Linie auch Interessen der Gesamtheit, des Staates überhaupt, sind. Der Verletzung der Interessen des Gemeinwesens muss das öffentliche Recht, speziell das

Interessen knüpfen, die somit Objekte der verschiedenen Interessen sind[15]). Eine weitere Feststellung a priori ist unmöglich[16]).

Strafrecht, steuern. „Das Strafrecht ist — wie Liszt Lehrb. 7. Aufl. S. 54 sagt — Recht, d. h. Interessenschutz." — Wenn Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, S. 197 bemerkt: „Niemals erscheint im Gesetz ein Interesse als Schutzobjekt genannt", so halten wir dem bloss entgegen, dass das Gesetz schlechthin auch nicht von „Schutzobjekten", „rechtlich geschützten Gütern", vom „Schutz subjektiver Rechte" oder „rechtlich geordneter Zustände" u. dergl. m. spricht. Das Gesetz ist eben kein philosophisch angelegtes und mit „doktrinär-juristischer Sophisterei" zergliederndes Lehrbuch, sondern ein — Gesetz; und das soll es sein. Übrigens spricht § 193 St.G.B. doch von „Wahrnehmung berechtigter Interessen"; ebenso C.P.O. §§ 63,1, 231 u. a. von einem „rechtlichen Interesse", über dessen Begriff vgl. R.G.E. IV. in Civils. v. 18. April 1895 (Entsch. XXXV. S. 392 f.) und die dort zitierten früheren Entscheidungen.

[15]) „Die Interessen sind die Motive des Schutzes, die Objekte der Interessen sind die Schutzobjekte." (Oppenheim l. c. S. 197; cf. Finger i. Gerichtss. Bd. 40 S. 151, 156). Eine Verwechslung zwischen den Motiven, aus denen die strafdrohende Norm entsprang, und dem Objekt des Verbrechens, vor welcher Verwechslung allerdings zu warnen ist, liegt aber in dem Gesagten nicht vor. — Das „Rechtsgut" liegt auf der objektiven Seite, während das „Interesse" der subjektiven Betrachtung entstammt; P. Bünger, „Über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe" in der Zeitschrift f. d. ges. St.R.W. VIII S. 667. Ein „Gut" ist dasjenige Objekt, welches den Gegenstand einer Wertschätzung (Interesse) des Subjekts bildet. „Interesse" ist diejenige Anschauung des Subjekts, welche ein Objekt als „Gut" auffasst. „Das Interesse entsteht in der subjektiven Anschauung durch die vom Subjekt vorgenommene Vergleichung zweier Objekte in Hinsicht auf ihren Wert für das vergleichende Subjekt, zufolge deren das eine dieser Objekte um id, quod interest, dem Subjekte wertvoller erscheint" (ibidem S. 667 unten).Vgl. unten S. 10 N. 5. Darum ist „Interessenverletzung" Wertminderung oder Wertzerstörung. Mit dem im Text Gesagten einverstanden Bünger l. c. S. 668 oben: Das Strafrecht schützt unmittelbar diejenigen Interessen, deren Verletzung es bedroht. Mittelbar schützt es hierdurch auch das „Gut", für welches jenes geschützte Interesse besteht. — Daher kann ich es nicht für verwerflich halten, die Begriffe „Rechtsgut" und „rechtlich geschütztes Interesse", sobald man sich nur das Gesagte vergegenwärtigt, zu identifizieren, wie dies v. Liszt (und seine Schüler, z. B. Gebauer etc.), Gareis, Binding u. a. thun. Contra: R. Kessler.

[16]) Vgl. zu dem Gesagten namentlich Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I. (1881) S. 15 ff., 81 ff., 450 ff.; Schaper in Holtzd. Hdb. d. Strafr. II. S. 91 ff. und (als Nachtrag hierzu) Geyer bei Holtzd. IV. S. 89 f.; v. Liszt, Lehrb. 7. Aufl. 1896 § 43 S. 168 ff.; § 12 S. 49 ff. („Das Strafrecht als Interessenschutz"); Merkel, Abhandlungen I. S. 41 ff.; v. Bar, Grundlagen etc. S. 44 ff.; Hdb. I. S. 332; Dahn, Vernunft im Recht S. 175 ff.; H. Meyer, Die Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtss. Bd. 33 (1881) S. 101 ff.; H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. 95 § 4 S. 21 ff. und die das. S. 23 N. 10 zit.; von älteren: G. Geib, Lehrb. II. Lpz. 62 § 84 S. 173 ff.

Da (wie oben S. 2 N. 9 bemerkt) Recht und Sitte Begriffe sind, die jedenfalls nicht auf dem gleichen Gebiet liegen, so dürfen wir auch „Verbrechen“ nicht mit „unsittlichen Handlungen“ verwechseln: Es kann sohin nicht davon die Rede sein, alle unsittlichen Handlungen als Verbrechen im materiellen Sinn zu betrachten und mit Strafe zu belegen[17]. (Ebenso H. Meyer l. c. S. 21 zu N. 2 gegen Thümmel, Sittenlehre und Strafr., Hamburg 1889, und Lammasch, i. Gerichtss. Bd. 44 (1890) S. 158 ff.) oder umgekehrt zu verlangen, dass jedes Verbrechen im formellen Sinn, alles positiv strafbare Thun, in concreto auch unsittlich sei (so Hälschner[18]) und v. Bar; cf. Meyer l. c. N. 3). Nicht von jedem Verbrecher — hebt Ullmann gelegentlich einmal hervor — kann man sagen, dass sittliche Verderbtheit und prinzipielle Verachtung des Gesetzes ihn zur That bestimmt haben.

Auf jede weitere Difinition glaube ich aus dem Grund verzichten zu dürfen, weil m. E. der Sache durch die feinst zugespitzten Worterklärungen, die nur wiederum erklärungsbedürftige Begriffe an die Stelle des zu erklärenden setzen, keinesfalls genützt wird.

---

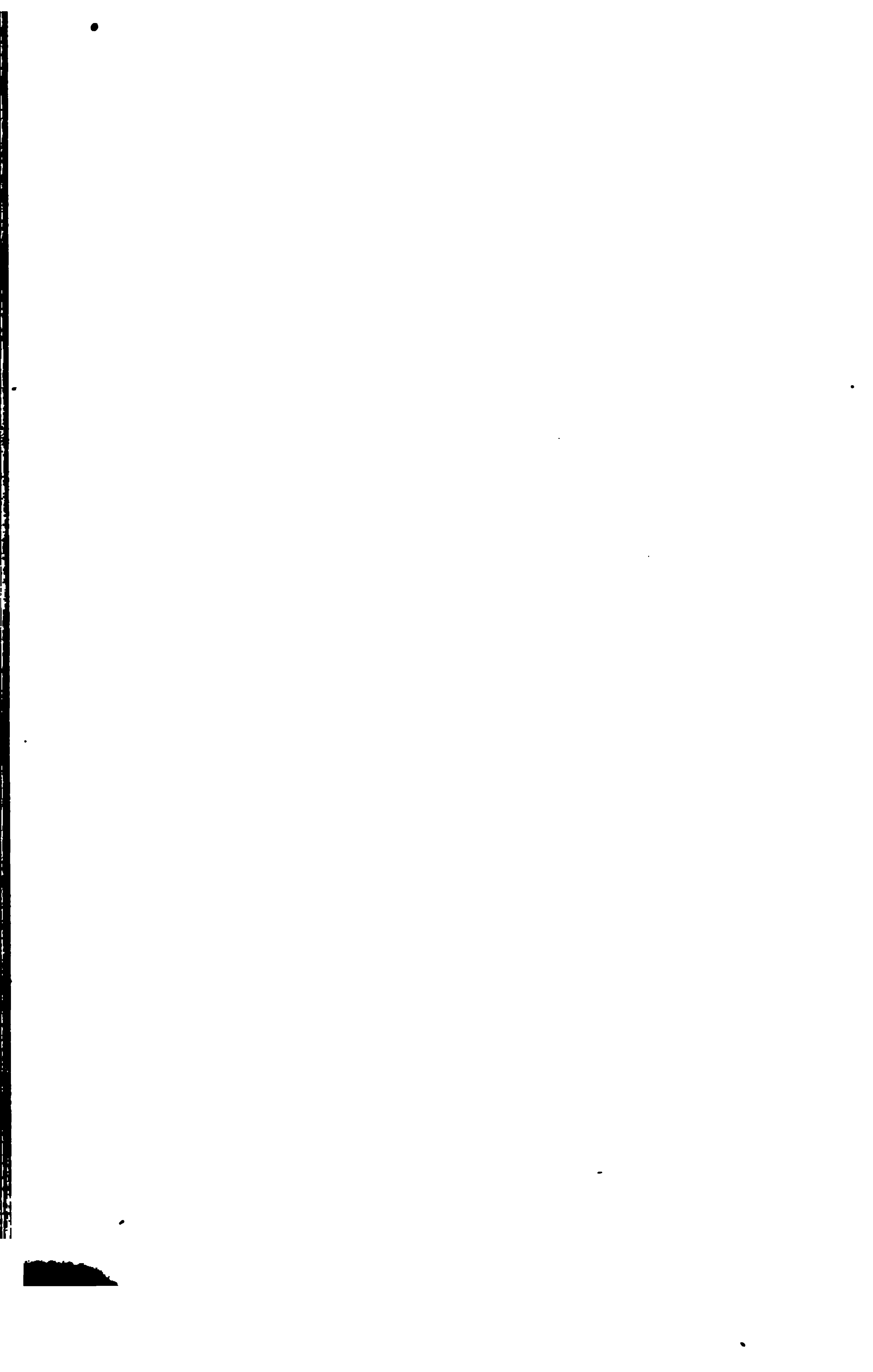
[17]) Hälschners Ansicht lässt sich dadurch erklären, dass er, wie seine Werke bezeugen, von einer durchaus idealen Auffassung des Rechts beseelt ist und sich leiten lässt. Mindestens ebenso, ja noch mehr idealistisch, aber auch ebenso wenig praktisch angelegt ist die an Bindings Theorie erinnernde Auffassung Kohlers, Das Wesen der Strafe, namentlich S. 2 f.

[18]) Cf. Hälschner I. S. 451 oben: „Entscheidend für die Grenzlinie, bis zu welcher das Unsittliche zu strafen sei, ist . . . die Frage: ob die durch Strafdrohung erzwungene Pflichterfüllung . . . für die sittliche Gestaltung des Gemeinlebens als notwendige Bedingung derselben von Wert sei.“



Erster oder allgemeiner Teil:

Über die Objekte der Vermögensdelikte im allgemeinen.



I. ABSCHNITT.

Die Objekte.

§ 2.

Hinsichtlich der Objekte des Verbrechens ist es das unbestrittene Verdienst der Oppenheim'schen Schrift „Die Objekte des Verbrechens" (Basel 1894), nicht bloss eine seit langem kontroverse Frage in geeigneter Weise ventiliert und die über dieselbe existierende Litteratur in einer ansehnlichen Monographie verarbeitet, sondern auch die Streitpunkte in mancher Beziehung klar gestellt zu haben. Freilich lässt sich vor allem darüber streiten, ob denn dieser Lehre überhaupt eine hohe praktische Bedeutung zukomme; und ich möchte in diesem Punkte Kleinfeller (in Goltd. Archiv f. Strafr. 43. Jahrg., 2. Heft S. 168) recht geben, dass selbst nach Oppenheims Intentionen die Frage nicht unbedingt bejaht werden kann, da sich dieser sonst in einem besonderen, die Resultate zusammenfassenden Abschnitt seiner Monographie darüber sicherlich geäussert haben würde. Auch Stenglein spricht sich im 50. Bd. (1894) S. 237 f. (No. 15) des „Gerichtssaal" in ähnlicher Weise über genanntes Buch aus [1]. Andrerseits aber ist trotz der eingehenden Erörterungen Oppenheims die Frage im einzelnen noch lange nicht als erledigt und abgethan zu betrachten. Sein Hauptverdienst — das soll, trotzdem ich seinen Standpunkt nicht bis in die Einzelheiten teile, nicht geleugnet werden — besteht m. E. darin, dass er nicht schlechterdings von einem Objekt des Verbrechens spricht, dass er vielmehr in geschickter Systematisierung alles das, was man unter gewissen Voraussetzungen im einzelnen Fall und bei den einzelnen Verbrechensarten als Objekte des Verbrechens bezeichnen kann, allgemeinen Begriffen untergeordnet hat und somit die

[1]) Für die Gesetzesanwendung bleibe ein Gewinn nicht übrig: „Allerdings häufig das Resultat solcher rechtsphilosophischer Untersuchungen. Obgleich der Herr Verfasser seine Resultate in der vierten Abteilung an allen einzelnen Verbrechen des St.G.B. . . . . erproben will, müssen wir zu unserm Bedauern gestehen, auch dort die greifbaren Resultate für Wissenschaft oder Praxis nicht entdecken zu können." Ebenso v. Hippel i. d. Zeitschr. XVI (1896) S. 607 f., 609. Cf. F. Oetker i. Jurist. Litteraturblatt No. 61 v. 15. Jan. 95 S. 12 ff.

Objekte, die hauptsächlich in Betracht kommen, klassifiziert[2]) in Angriffs- bzw. Schutzobjekte, Handlungs- oder Durchgangsobjekte (Objekte des Verbrechens schlechthin), Definitionsobjekte, als welche diese (Verbrechens-) „Objekte κατ' ἐξοχήν" in der gesetzlichen Definition zumeist erscheinen, u. s. w. Hiermit hat er den bisherigen Streit in der doktrinellen Litteratur bezüglich der „subjektiven Rechte"[3]), der „Rechtsgüter"[4]) und der „rechtlich geschützten Interessen"[5]) zwar nicht gelöst, aber doch wenigstens, soweit demselben praktischer Wert nicht beizumessen ist, möglichst vermieden.

Es kann nun selbstredend nicht unsere Aufgabe sein, den ganzen Stoff des Oppenheim'schen Werkes einer kritischen Untersuchung zu unterziehen. [Dasselbe wurde bereits von A. Finger in der Krit. V.-J.-Schr. Bd. 37 (1895) Heft 1 S. 120 ff. einer Besprechung unterworfen, abgesehen von kürzeren Bemerkungen, die sich in Zeitschriften und dgl. zerstreut darüber finden.] Unsere Aufgabe geht hier nur dahin, die Frage nach dem Objekt bei den auf vermögensrechtliche Interessen gerichteten Angriffen zu erörtern. Da man aber auch diese

²) Die einzelnen Objekte hält Oppenheim streng auseinander, so dass nicht, wie so oft geschieht, als Angriffsobjekt z. B. beim Diebstahl bald das Eigentum, bald die fremde bewegliche Sache genannt wird.

³) „Rechte sind rechtlich [sc. d. h. durch Klage (Privatklage?)] geschützte Interessen": Ihering, Geist des röm. R., 1. Aufl. III. S. 317; cfr. Windscheid, Pand. I. § 37 N. 2. Der Inbegriff aller rechtlich geschützten oder garantierten Interessen einer Person ist deren Rechtssphäre.

⁴) Vgl. v. Liszt, „Begriff des Rechtsgutes etc." in der Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. VIII. S. 133 ff.; s. ebendort VI. S. 663 ff. Nach Gareis und Ihering sind „subjektives Recht" und „Rechtsgut" gleichbedeutend. Dagegen mit Recht v. Liszt l. c. VIII. S. 136 f. Der Schutz, welchen die Rechtsordnung den Rechtsgütern gewährt, ist wesentlich anders gestaltet als der, welcher den subjektiven Rechten, etwa den aus Forderungsverhältnissen entspringenden oder den Rechten an fremder Sache zu teil wird; ibid. S. 136. Der Begriff des Rechtsgutes ist weiter als der des subjektiven Rechts: Liszt, Lhrb. 7. Aufl. 96 § 12 S. 50 N. 1. Vgl. die bei Meyer 5. Aufl. S. 22 N. 6 zitierten. [A. Finger i. Gerichtss. 40 S. 139 ff.; dazu Kessler ib. S. 580 ff.]

⁵) Was ist hierunter zu verstehen? — „Die Beziehung zwischen dem das Bedürfnis fühlenden Menschen und dem Objekt, nach welchem das Bedürfnis (besteht und) empfunden wird"; Gareis in seiner Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissensch. Giessen 1887. „Wert, den der Eintritt oder Nichteintritt einer bestimmten Veränderung für den betreffenden hat"; v. Liszt in seinem Lehrb. § 4 Note 2 und Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. VIII. S. 137. Vgl. oben S. 4 N. 15; ferner R. Kessler, „Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht?" Gerichtss. Bd. 39 S. 94 ff. (darüber Zeitschr. VII. S. 730 f.).

Frage ins Unendliche ausdehnen könnte, wollte man alles — Bestrittenes und Unbestrittenes — verarbeiten, so werde ich mich darauf beschränken, die wesentlichen Punkte, sofern ihnen m. E. eine allgemeinere Bedeutung und namentlich auch praktisches Interesse zukommt, zu besprechen.

Die einzelnen Objekte der Vermögensdelikte.

§ 3.

1. Die Rechtsordnung.

Die strafbaren (denn es gibt auch straflose) Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen haben wir in bezeichneter Weise zu behandeln. — Diese Art Verbrechen richtet sich, wie überhaupt alle Verbrechen, natürlich gegen die Rechtsordnung schlechthin bzw. einen Teil derselben[1]). Die Rechtsordnung aber kann sein

1) die Macht, welche die Rechtsverhältnisse rechtlich regelt = gesetzgebende Macht;
2) das objektive Recht als Gesamtbegriff = Inbegriff von Rechtssatzungen, Normen oder staatlichen Imperativen;
3) als Zustand, als Inbegriff der rechtlich geordneten Zustände der Dinge.

Die Rechtsordnung in diesen drei Erscheinungsformen — insoweit sie vermögensrechtliche Beziehungen der Menschen ordnet und normiert — ist gewissermassen das entfernteste (Angriffs- und Schutz-) Objekt, sie wird in letzter Reihe „verletzt“ oder „gefährdet“. „Verletzt“ im Sinne von „vernichtet“ kann sie aber nur als rechtlich geordneter Zustand werden; die Strafrechtspflege hat daher die Aufgabe, den „verletzten“ „rechtlich geordneten Zustand“ wiederherzustellen[2]). — Als In-

---

[1]) Insofern richten sich alle Verbrechen, nicht bloss die im 7. Abschnitt, §§ 123 ff. unseres Str.G.B. genannten, gegen „die öffentliche Ordnung“, gegen die Lebensbedingungen der rechtlich geordneten Menschengemeinschaft (cfr. Ihering, Zweck im Recht I. 2. Auflage S. 490 f.).

[2]) Cf. Hälschner l. c. I. S. 18. — „Vom Recht kann nicht mehr erwartet und gefordert werden, als was seine eigentümliche Aufgabe ist, die Herstellung und Wahrung der äusseren Ordnung des Lebens“: Hälschner l. c. S. 33. Des Rechtes Zweck der Erhaltung ist aber durch Vernichtung vereitelt. — Ullmann, Dolus beim Diebst. S. 8 oben, spricht in diesem Sinne von „Handlungen . . ., die . . . geeignet wären, . . . durch Verletzung von Einzelrechten die Rechtsordnung zu stören“.

begriff von Rechtssatzungen hingegen kann die Rechtsordnung nicht vernichtet (in diesem Sinne: „verletzt") werden; die Norm, das Gesetz bleibt trotz des Verbrechens und trotz der hierdurch bewirkten „Verletzung" bestehen[3]). Der Verbrecher negiert die Rechtsordnung, d. h. er missachtet sie, indem er thut, was sie — in concreto: eine dem Strafgesetz zu grunde liegende bzw. in ihm enthaltene und von ihm implicite ausgesprochene Norm, die als solche vor der Strafsatzung vorhanden gewesen sein kann (z. B. als „lex imperfecta"),[4]) [5]) — verbietet, oder unterlässt, was sie gebietet. Der Ausdruck „Verletzung" ist daher in übertragener Bedeutung zu verstehen: „Verletzen" in diesem Sinne ist so viel als „missachten", „sich in Widerspruch setzen", „widerstreiten", „entgegenhandeln", „Verfehlung gegen das Recht" („Bruch des Friedens", „Rechtsbruch") u. s. w.[6]). [Cf. C.P.O. § 512, St.P.O. § 376,2.] Die gleiche Interpretation ist da anzuwenden, wo von einer „Verletzung" subjektiver Rechte die Rede ist; doch hierüber an andrer Stelle! —

§ 4.

2. Die vermögensrechtlichen Interessen oder das Rechtsgut des Vermögens als „Angriffsobjekt".

Von dem entferntesten Gegenstand des Verbrechens haben wir nicht weiter zu handeln. Mit Übergehung andrer Objekte (cf. Oppenheim l. c. S. 155) ist das nähere Objekt, gegen das sich der verbrecherische

---

[3]) Die rechtliche Norm ist an sich und als solche unantastbar, dem Unrechte unerreichbar und verliert durch rechtswidriges Handeln nichts von ihrer Verbindlichkeit für alle wie für den Verbrecher selbst. [Hälschner l. c. S. 18, 29.]. „Wenn aber auch die rechtliche Norm durch das Verbrechen zwar nichts von ihrer Giltigkeit verliert, so doch gewiss etwas von ihrer Geltung." Ihre Geltung ist erloschen, wenn sie das menschliche Handeln nicht mehr zu normieren vermag. Hälschner S. 30. Cfr. ebendort S. 561 ff. § 224. — Str.G.B. § 73 sagt selbst, die Handlung „verletze" die Strafgesetze.

[4]) Cf. Hälschner a. a. O. S. 86, 87. — Hinsichtlich des zeitlichen Vorangehens der Norm ist Binding selbst in seinen „Normen" II (Vorwort) von seiner früheren Ansicht abgewichen.

[5]) Schon bestehende Gebote oder Verbote werden in Rücksicht auf häufige Übertretungen durch Strafbestimmungen gesichert.

[6]) Ullmann, Dolus beim Diebst. S. 32 (ähnlich S. 68), spricht von einer „prinzipiellen Negierung der Rechtsordnung, soweit diese das Eigentum schützt".

Wille richtet[1]), wie schon der Ausdruck „Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen" besagt, ein vermögensrechtliches Interesse, d. h. ein rechtliches Interesse, welches zum Objekt in oben bezeichnetem Sinne das Vermögen — sei es in seiner Totalität oder in seinen kleineren oder grösseren Bestandteilen — hat[2]). Dieses Objekt bezeichnen wir mit Oppenheim als Angriffs- und Schutzobjekt; denn es ist „dasjenige Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird" (l. c. S. 194) und dem deshalb das positive Recht seinen strafrechtlichen Schutz verleiht. Statt des „vermögensrechtlichen Interesses" können wir aber nach der oben S. 4 gegebenen Ausführung als Angriffs- und Schutzobjekt bei den hier in Betracht zu ziehenden Verbrechen das „Vermögen" schlechthin nennen, also m. a. W. ein Rechtsgut, an dessen Erhaltung jeder, der einzelne[3]) wie die Gesamtheit, ein Interesse hat, das von der Rechtsordnung anerkannt wird und so zum Schutze des Rechtsguts führt[4]) [5]).

---

[1]) Schütze, Lehrb. 2. Aufl. 1874, § 33, S. 98f., nennt dies Objekt „praktisches Objekt" oder „unmittelbaren Gegenstand des Verbrechens". — Nach diesem Objekt systematisiert der besondere Teil des Strafrechts seine Einzelverbrechen. Ein gutes System ist ohne die Klarstellung der rechtlich gesicherten Güter in ihrer Verwandtschaft und ihrer Verschiedenheit kaum denkbar. Teilt man alle Verbrechen ein in Angriffe 1) auf Gemeininteressen, 2) auf Privatinteressen (in diesem Sinne: öffentliche und Privatdelikte), so erscheinen als Unterabteilung der letzteren die Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen. Der Zweiteilung folgen: H. Meyer, l. c. S. 22, 29 oben (1. persönliche Interessen oder Rechtsgüter, d. h. solche, deren Subjekt oder Träger der einzelne sein kann, 2) unpersönliche oder allgemeine Interessen oder Rechtsgüter, deren Subjekt der einzelne nicht sein kann); v. Liszt (Rechtsgüter des einzelnen und der Gesamtheit, im Gegensatz zu früheren Aufl. seines Lehrb.); Schütze; Löning; Gareis; cf. Oetker l. c. S. 13: 1. Rechtsgüter mit individuellem Substrat und 2. Rechtsg. ohne solches. Die Dreiteilung haben: Hälschner, Geyer und Birkmeyer, die spezielle Rechtsgüter der Gesellschaft anerkennen.

[2]) Es gibt nämlich noch andre Interessen, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind.

[3]) Das Interesse des einzelnen wird nur wegen seiner Bedeutung für die Gesamtheit geschützt.

[4]) Bezüglich der Frage, ob „Güter" oder „Interessen" das wahre Objekt des Verbrechens seien, entscheidet sich Oppenheim dafür, dass Schutzobjekt jedesmal ein „Gut" sei, definiert aber „Gut" a. a. O. S. 59 so allgemein, dass es mit dem Begriff „Interesse" schliesslich zusammenfällt. S. auch a. a. O. S. 183.

[5]) Das Rechtsgut des Vermögens ist a) abstraktes Rechtsgut des Vermögens, Interesse des Staates an der Erhaltung der bestehenden Vermögensordnung gegenüber der Willkür einzelner, b) konkretes Rechtsgut des Vermögens als das geschützte Interesse eines bestimmt vorhandenen Subjekts an einem bestimmt vorhandenen Objekt.

§ 5.

Verschiedene Betrachtungsseiten des Vermögensbegriffs.

Wenn wir im vorhergehenden Abschnitt als Angriffs- und Schutzobjekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen schlechthin das „Vermögen" bezeichnet haben, so mussten wir ein Gebiet betreten, das nichts weniger als von Kontroversen frei ist. Wir haben an dieser Stelle in erster Linie festzustellen, in welchem Sinne wir das Wort „Vermögen" überhaupt gebrauchen. Es gibt eine mehrfache Möglichkeit[1]):

Das Vermögen im juristischen Sinn ist natürlich wie das Vermögen im ökonomischen (wirtschaftlichen) Sinn und wie überhaupt jede universitas „eine in unum vertierte Vielheit" (Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1866 S. 99)[2]); doch hierauf kommt nichts weiter an. — Es ist ferner nach Birkmeyer (in seinem bekannten Werk: „Über das Vermögen im jur. Sinn. Erlgn. 1879, z. B. S. 108 u. a.) „ein Inbegriff von Rechten" oder eine „universitas iuris"[3]). Von der eigentlich juristischen Seite des Vermögens ist zu unterscheiden das Vermögen im natürlichen oder ökonomischen Sinn als „Inbegriff von Geldwerten", die jemand besitzt, (so Birkmeyer) oder „universitas facti". Statt dessen sagt Birkmeyer, Vermögen S. 105: „Die bona als universitas facti sind die Einheit der jemandem (sc. thatsächlich) zur Verfügung stehenden Mittel zur Bedürfnisbefriedigung (Güter)"[4]). Ebenso ist nach Neumann („Wirtschaftliche Grundbegriffe: Gut, Wert, Preis, Vermögen etc." im Hdb. der polit. Ökonomie, hrsgeg. v. Schönberg, Volkswirtschaftslehre I. 3. Aufl., Tübingen 1890, S. 133 ff., 160 ff.) das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn „der Inbegriff der jemand

---

[1]) Man unterscheidet Vermögen im subjektiven (= „subjektive rechtliche Macht") und im objektiven Sinn. Cf. Birkmeyer, Vermögen S. 320. Nur von letzterem haben wir hier zu reden. [Auch das Vermögen im subjektiven Sinn zerfällt — wie nach den folgenden Ausführungen das objektive V. — in eine Rechtseinheit und eine Werteinheit, bezw. diese beiden Begriffe spiegeln sich auch hier wieder].

[2]) v. Savigny bezeichnet das Vermögen „als eine reine Quantität von gleichartigem Gehalt". (v. Savigny, System I. S. 376.)

[3]) Die Quellen nennen daher seine Bestandteile (bona) 1) iura, 2) res (Plur.); das Vermögen in diesem Sinn selbst aber 3) patrimonium und res (Sing.) [s. Birkmeyer l. c.].

[4]) „Es werden fast durchgängig Stücke der körperlichen Erscheinungswelt sein, welche die Bestandteile der universitates facti bilden." Birkmeyer, l. c. S. 113.

um seiner selbst willen zu gewisser Zeit **thatsächlich** zur Verfügung stehenden geldwerten Güter bzw. der objektive Geldwert aller dieser Güter."

Gewissermassen eine Mittelstufe zwischen den beiden genannten Arten des Vermögens (im rein juristischen und rein ökonomischen Sinn) nimmt das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn ein. Es soll damit jedoch keineswegs behauptet sein, als ob wir es hier mit ganz verschiedenen Vermögensmassen zu thun haben. Im Gegenteil: Das Vermögen ist und bleibt eine Einheit (universitas), es bietet bloss verschiedene Seiten der Betrachtung dar, je nachdem der Beobachter seinen Standpunkt ändert. — Das Vermögen im jur.-ökonom. Sinn[5]) wird definiert als „ein Inbegriff von (Gebrauchs- od. Tausch-) Werten (= pretia), die durch Rechte zugeführt sind" (Birkmeyer), als „Einheit der jemandem zustehenden tauschwerten Rechte"[6]) (Birkmeyer, Vermögen S. 105), als „Inbegriff der jemand um seiner selbst willen zu gewisser Zeit **rechtlich** zur Verfügung stehenden geldwerten Güter bzw. der objektiven Geldwerte aller dieser Güter" (Neumann), als „die Gesamtheit der rechtlich zusammenhängenden Elemente ökonomischer Verkehrsmacht einer Person" (W. Lauterburg, „Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihrer Hauptformen", in d. Zeitschr. für Schweizer Strafr. VI. 1893 S. 185).

§ 6.

Das strafrechtliche relevante „Vermögen".

Welcher Vermögensbegriff liegt nun dem Strafrecht[1]), speziell dem Teile desselben zu Grunde, der von den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen handelt? Denn „überall, wo auf dem

[5]) = pecunia (oder aestimatio) in den röm. Quellen. Dieses Vermögen ist (Wert-) Summe und (Geldpreis=) Einheit zugleich. Dem gegenüber deuten die Begriffe bona, res, patrimonium, omnia iura in keiner Weise an, dass das Vermögen in diesem Sinne nur aus Geldwerten bestehe. Cf. Neumann l. c. S. 160 ff.

In der Bedeutung von pecunia wird „Vermögen" vorzugsweise von den bedeutendsten neueren Civilisten, wie Savigny, Windscheid, Brinz, Dernburg, verwendet.

[6]) Im ursprünglichen röm. Recht qualifizierte sich nur das Eigentumsrecht als Vermögensrecht (als Recht von Tauschwert). „So kam es, dass das Vermögen ursprünglich nur aus Eigentumsrechten sich zusammensetzte" (cf. Birkmeyer l. c. S. 144 ff.); später aus dinglichen Rechten überhaupt und persönlichen Rechten.

[1]) Das R.St.G.B. gebraucht das Wort „Vermögen" ausdrücklich in §§ 93, 140, 188, 253, 263, 266, 268, 272, 273, 281—283, 288, 349. Zu der Annahme, dass das

Rechtsgebiet das Vermögen als solches in Betracht kommt, ist — um mit Birkmeyers Worten a. a. O. S. 308 zu reden — vor allem festzustellen, ob darunter das Vermögen als Rechtseinheit oder als Werteinheit zu verstehen sei"[2]).

Das Vermögen, wie es vom Strafrecht berücksichtigt und — teils in seiner Einheitlichkeit, teils in verschiedenen möglichen Elementen — gegen gewisse Angriffe geschützt wird, ist kein juristischer Begriff[3]), sondern ein „Produkt des vom Rechte durchdrungenen wirtschaftlichen Lebens" (Lauterburg l. c. S. 184). Hiermit ist nicht gesagt, dass Vermögen im Strafrecht etwas anderes bedeute als durchweg im Privatrecht (cf. Dernburg, Pandekten I. (3. Aufl. 92) S. 49 ff., 157 ff.). Das Vermögen, welches vom Privatrecht durch Entschädigungszwang gegen Schädigung (gegen schädigende unerlaubte Handlungen) geschützt wird, ist ein Rechtsgut, identisch mit dem Vermögen, dessen Schädigung oder blosse Gefährdung unter besondern Voraussetzungen[4]) Strafe nach sich zieht. Anstatt nämlich das Schwergewicht auf die rechtliche Organisation des Vermögens zu legen, indem die durch das Recht geschaffenen neuen Machtbeziehungen zwischen Personen als Rechtssubjekten und

---

Wort an den einzelnen Stellen in verschiedenem Sinne verwendet sei, fehlt jeder Anhalt. Ferner: K.O. §§ 209 ff., die an Stelle der zit. §§ 281—283 St.G.B. getreten sind. §§ 140, 266 (C.P.O. § 711) können nur auf das Aktivvermögen bezogen werden; diese Beschränkung ergibt sich von selbst aus dem Inhalt der Vorschriften, brauchte also nicht durch einen spezifizierenden Zusatz zum Ausdruck gebracht zu werden.

[2]) Auch die röm. Quellen heben die beiden Seiten des Vermögens selbst hervor und haben den einzelnen Vermögensrechts-Instituten bald die eine, bald die andere zu Grunde gelegt.

[3]) Vgl. Gerichtss. Bd. 43 S. 366: Vermögen im Sinne des Betrugsbegriffs ist in dem juristisch-technischen (?) Sinne zu nehmen als den „Gesamtgeldwert der Bestandteile des Vermögens [der Begriff soll definiert werden und erscheint selbst in der Definition!] einer bestimmten Person an Aktivis und Passivis, welcher sich aus dem Abzug des Wertes der Passiva von dem Werte der Aktiva ergibt". Contra: Birkmeyer.

[4]) Nicht jeder dolose oder kulpose Angriff auf fremde Vermögensinteressen ist schon um deswillen strafbar, weil der schädigende Effekt im Verhalten des Thäters seine Ursache findet; so z. B. bilden nicht alle aus Obligationen und Kontrakten entstehenden Schädigungen fremden Vermögens einen Grund zur strafrechtlichen Verantwortung. Derartige Handlungen sind selbst im neuesten Recht nur ausnahmsweise unter Strafe gestellt. In grösserem Umfange sind vermögensrechtliche Interessen durch Rechtsmittel des Privatsrechts und den Civilzwang geschützt. — Cf. Hälschner II. 1 S. 392 unten.

bereits vorhandenen Sachgütern[5], die dinglichen und persönlichen Rechte (Forderungen) einer Person allerdings Grundlage und Kern ihrer rechtlich anerkannten „ökonomischen Verkehrsmacht“ bilden und daher juristisch selber als Bestandteile des Vermögens betrachtet werden können, — anstatt das Schwergewicht auf diese rechtliche Organisation zu legen, kehren Strafrecht und Schadensersatzrecht den ökonomischen Gesichtspunkt hervor und begnügen sich, für das ökonomische Interesse irgend eine rechtliche Basis zu fordern. Von da aus betrachtet man dann, in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des alltäglichen Verkehrs, als Vermögensbestandteile nicht die das Vermögen juristisch zusammenhaltenden Rechte, sondern deren Objekte, Güter und rechtlich anerkannte wirtschaftliche Interessen. Erst durch seinen Gegenstand gehört ein Recht zum Vermögen des Berechtigten: „Das subjektive Recht ist an sich im Gegensatz zum Vermögen ein reiner Formalbegriff. Es gehört nur insofern zum Vermögen, als es dem Berechtigten einen Gegenstand zubringt, der seiner Natur nach geeignet ist, zur ökonomischen Verkehrsmacht der Person beizutragen.“ (Lauterburg a. a. O. S. 187.) Daher gehören durchaus nicht alle subjektiven Rechte zu dem vom Strafrecht geschützten Vermögen; denn nicht bei allen trifft jene Voraussetzung zu[6]. — Wir befinden uns hier in direktem Gegensatz zu der Theorie, nach welcher das Strafrecht (stets) subjekte Rechte schützen soll, wonach also jedesmal ein subjektives Recht Angriffs- und Schutzobjekt des Verbrechens sei. Welches subjektive Recht soll es denn auch sein, das z. B. durch unzüchtige Handlungen oder durch die Verbreitung unzüchtiger Schriften und dgl. angegriffen wird und deswegen durch §§ 183 f. R.Str.G.B. geschützt ist[7]. Dass ferner bei den Verbrechen des Diebstahls, der

---

[5]) Nämlich als körperliche Erzeugnisse der Natur und der menschlichen Thätigkeit. Das Recht selber vermag keine wirtschaftlichen Güter zu schaffen, ebensowenig wie Interessen (cf. oben S. 3 N. 13).

[6]) Berechtigungen jeder Art (z. B. Eigentumsrecht, Forderung, iura in re aliena) **können** schon vermöge ihrer formalen vom Recht anerkannten Existenz einen Vermögenswert haben und als Bestandteil des wirtschaftlichen Vermögens in Betracht kommen; notwendig ist dies aber durchaus nicht. Ebenso Gerichtss. Bd. 43 S. 372.

[7]) So wird denn heute allgemein zugegeben, dass (bloss) mindestens einige §§ des R.Str.G.B. keine Rechtsverletzungen, d. h. Verletzungen subjektiver Rechte, enthalten. Vgl. auch Eisenmann i. d. Zeitschr. f. d. g. Str.R.W. XIII. S. 461, bes. N. 18, 23. — Das Strafrecht gewährt auch [sittlichen: so namentlich Hälschner I. S. 450 f.] Gütern, die nicht Gegenstand einer subjektiven Berechtigung sind, strafrechtlichen Schutz.

Unterschlagung, der Sachbeschädigung u. s. w., wobei die herrschende Ansicht eine Verletzung dinglicher Rechte, speziell des Eigentumsrechtes, annimmt, ein subjektives Recht als Angriffs- und Schutzobjekt zunächst nicht in Betracht kommen kann, werde ich an andrer Stelle noch nachzuweisen haben. —

Nach den bisherigen Ausführungen könnte man vielleicht glauben, das strafrechtlich geschützte Vermögen decke sich vollständig mit dem oben gekennzeichneten Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn. Durchaus nicht! Zu den Vermögensbestandteilen rechnet namentlich die praktische Jurisprudenz und mit ihr der Sprachgebrauch des täglichen Verkehrs noch gewisse wirtschaftliche Vorteile, welche nicht eigentlich Gegenstand resp. Inhalt eines Rechts sind, sobald sie nur in einem gewissen Zusammenhang mit der Machtsphäre der Person stehen[8]); so die blosse faktische Verfügungsgewalt, den (gutgläubigen) Besitz als solchen[9]), den persönlichen Kredit, den Ruf einer Firma, die Kundschaft[10]) eines Geschäftsinhabers, die Arbeitskraft resp. Erwerbsfähigkeit eines verletzten oder getöteten Ernährers u. s. w. Insbesondre handelt es sich also auch beim Schutz des blossen Besitzes — das dürfte von den ebengenannten Fällen einer der praktisch häufigsten sein — um Vermögensschutz; denn es ist unbestreitbar, dass der blosse Besitz Vermögenswert haben kann[11]). Aber es ist — das sollte nicht bestritten werden — nur Schutz des vermögenswerten faktischen Habens und nicht Schutz eines Vermögens**rechts**[12]). Den Beweis hierfür liefert — wie **Birkmeyer**, Vermögen a. a. O. S. 106 Note 343, ausführt,

---

[8]) Cf. W. **Sjögren** a. a. O. in **Iherings** Jahrb. Bd. 35 S. 397 N. 39 a. E.: „Es mag dahingestellt bleiben, ob für das Privatrecht überhaupt die übliche Identifizierung von Vermögen und Vermögensrecht zutreffend ist, für die Lehre vom Schadenersatz ist sie dies entschieden nicht“. Das Gleiche gilt für den strafrechtl. relevanten Vermögensbegriff.

[9]) Vermögen ist ja **nicht** gleich **unvindizierbares** Vermögen.

[10]) Cf. R.G.E. v. 28. Febr. 82; Entsch. VI. S. 75. Dsgl. Entsch. I. S. 68 und Rechtspr. IV. S. 214.

[11]) Die röm. Quellen enthalten den Satz, dass das faktische Haben mehr wert sei als das rechtliche Bekommensollen; „minus est actionem habere quam rem“: l. 204 D. de reg. iur. 50,17. Vgl. aber auch l. 15 eod. — Der Wert des Besitzes einer Sache ist aber nicht identisch mit dem Wert der Sache selbst.

[12]) Besitz und Innehabung sind, wenn sie auch nicht als Rechte im subjektiven Sinn aufzufassen sind, doch ökonomische Rechtsgüter; Motive z. Entw. eines bürgerl. *G.-B. f. d. Deutsche* Reich II. S. 830.

obwohl dessen Ansichten (wenigstens heute!) von unsrer Auffassung der „Vermögensdelikte" in wesentlichen Punkten divergieren, — der Umstand, dass dieser Schutz auch dem Dieb und dem Räuber zu teil wird, wo von Schutz eines Rechts unmöglich die Rede sein kann. Gestohlene oder geraubte Sachen[13]) gehören zwar ins faktische, ökonomische, aber nicht ins juristische Vermögen des fur. An Entwendetem kann der Entwender[14]) kein Eigentum — überhaupt kein Vermögensrecht — erwerben. (Windscheid, Pand. I. § 187 N. 3, 5. Aufl. S. 601, 6. Aufl. S. 649 und die das. zit. Litteratur etc.). Juristisch gehört das Entwendete vielmehr nach wie vor dem Eigentümer, dessen bona (Vermögen) im Rechtssinn durch das furtum so wenig vermindert, wie die des fur vermehrt sind, obgleich dieser die potestas über die gestohlene Sache besitzt.

Nun hat aber der fur immerhin juristischen Besitz, „possessio" i. e. S., die schon eine res iuris ist (man spricht bekanntlich von einem „Recht des Besitzes"[15]). Im Gegensatz zur „possessio" im technischen Sinn steht die blosse Innehabung, die Detention, das „tenere", wie sich die röm. Quellen ausdrücken. Dieses faktische Haben kann gleichfalls wie die possessio wirtschaftliche Bedeutung und ökonomischen Wert besitzen und beim Vermögensschutz in Frage kommen, da sich naturgemäss auch an die Detention vermögensrechtliche Interessen knüpfen können, die durch betreffende Handlungen unter Umständen verletzt werden.

Das Resultat vorangegangener Untersuchung fassen wir dahin zusammen, dass wir im Strafrecht unter „Vermögen" ausschliesslich das ökonomische Vermögen als Inbegriff von geldwerten Gütern verstehen müssen. In diesem Sinne sind die Worte „Vermögensbeschädigung", „Vermögensvorteil" zu interpretieren. Insbesondre bedeutet „Vermögensvorteil" im Strafrecht (cf. R.Str.G.B. §§ 253, 263, 268, 272 f., 349 etc.) soviel als geldwerter (pekuniärer) Vorteil [ebenso wie „Vermögensrechte" Rechte von ökonomischem Wert sind]. Bei anderweitigem (nicht not-

---

[13]) Unter dem Ausdruck „Sache" hat man alles zu verstehen, was — ohne ein Recht zu sein — ein Vermögensobjekt darstellt.

[14]) Dass hingegen gutgläubige Dritte Eigentum oder sonstige Vermögensrechte an der res furtiva erlangen können, bedarf wohl kaum der Erwähnung. Cf. H.G.B. Art. 307.

[15]) Jus possessionis im Gegensatz zum ius possidendi des dominus.

wendig pekuniärem), ideellem Gewinn spricht der Gesetzgeber bloss von „Vorteil“[16]) (cf. R.Str.G.B. §§ 257 ff.).

Da — wie gezeigt — das strafrechtlich relevante „Vermögen“ kein rein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff ist, so müssen in der folgenden Betrachtung der auf das „Vermögen“ gerichteten Angriffe wirtschaftliche Gesichtspunkte in erster Linie massgebend sein; und wir werden uns nicht scheuen dürfen, dieser unsrer Auffassung auch in ihren Konsequenzen treu zu bleiben.

§ 7.

Die Delikte gegen das Vermögen in ihrer verschiedenen Würdigung. Primäres und sekundäres Angriffsobjekt.

Ehe wir auf die Bestandteile des im Vorhergehenden kurz charakterisierten, strafrechtlich relevanten „Vermögens“ eingehen können, erübrigt uns nur, die Frage zu beantworten, welches eigentlich die „strafbaren Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen“ sind oder m.a.W.: in welchen Fällen das Strafrecht wegen Vermögens-Verletzungen oder-Gefährdungen Strafe androht. [Wir haben ja bereits kurz berührt, dass nicht jede Vermögensschädigung Strafe nach sich zieht.] — Das Thema ist — das dürfte aus dem allgemeinen Ausdruck „strafbare Angriffe auf vermögensrechtl. Interessen“ mit Klarheit hervorgehen — absichtlich sehr weit gefasst[1]); die Vorteile einer einheitlichen Betrachtung aller sog. Vermögensdelikte unter dem gleichen Gesichtspunkt leuchten ein. Wir dürfen deshalb unter jener Bezeichnung nicht bloss alle die Delikte zusammenfassen, die man bisher unter „Verbrechen gegen das Vermögen“ zu verstehen pflegte (also z. B. Betrug und dergl.), sondern schlechterdings alle Delikte, die irgendwie eine Vermögensschädigung und dergl. des Verletzten, d. h. des durch das Verbrechen (direkt oder indirekt) Betroffenen, des Vermögensinhabers, zur Voraussetzung haben, die sich also in irgend einer Beziehung gegen jenes Rechtsgut wenden, sonach selbstverständlich auch jene bislang sog.

---

[16]) „Gewinn“ = „Vorteil“; „Vermögensvorteil“, „Vorteil“ und „Gewinn“ sind nach der herrschenden Meinung nicht identisch. Cf. Birkmeyer in Holtzd. R.-L. II. S. 180 ff. (s. v. „Gewinnsüchtige Absicht“).

[1]) Ebenso wie z. B. Ullmann l. c. S. 11 unten ganz allgemein von „Verletzung eines rechtlichen Interesses einer Person an einer beweglichen Sache“ spricht, ohne wohl „rechtl. Interresse“ und „Recht“ (subjektives Eigentums etc. -Recht) *schlechthin* zu identifizieren.

„Verbrechen gegen dingliche Rechte“, ferner Delikte und namentlich Übertretungen, die wir in ganz anderm Zusammenhang zu behandeln gewohnt sind[2]). Demnach fassen wir — wie geschehen — alle „strafbaren Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen“ unter dem ebenso allgemeinen Ausdruck „Verbrechen gegen das Vermögen“ zusammen, wobei — wie gesagt — das Vermögen im Sinne des Nationalökonomen stets Schutz- oder Angriffsobjekt ist.

Bei den Vermögensdelikten bildet das Vermögen das wesentliche oder primäre Schutzobjekt, d. h. es können bei ihnen neben diesem noch andre, sekundäre, Angriffs- und Schutzobjekte in Betracht kommen, die zwar hinter jenem zurücktreten, im Gesetze jedoch z. B. in der Straferhöhung Beachtung gefunden haben. (Cf. Oppenheim § 33 S. 233 ff.)

Sekundäre Schutzobjekte neben dem primären des Vermögens liegen vor: z. B. bei den qualifizierten oder ausgezeichneten Verbrechensfällen: Hier kann die Verletzung bezw. die Gefahr für sekundäre Schutzobjekte den Grund der Qualifikation bilden. Einzelne Fälle:

§ **243,1**: Verletzung des religiösen Gefühls der Gläubigen[3]), welche der sog. Kirchendiebstahl enthält: Sacrilegium i. e. S. (cf. Hälschner l. c. II. 1 S. 314 f. u. a.)[4]).

§ **243,2** u. **3**: Verletzung des Hausfriedens etc. § 243,2 ist ausgezeichnet — wie die Motive z. II. Entw. bemerken — in Rücksicht auf die sich damit kund gebende Kraft und Hartnäckigkeit des ver-

---

[2]) Eine erschöpfende Aufzählung der einzelnen Vermögensdelikte an dieser Stelle hätte wenig Zweck; desgleichen die Aufzählung aller Nebengesetze, welche Vermögensverbrechen zu ihrem Gegenstand haben. Wir werden hierauf gelegentlich noch kurz zu sprechen kommen.

[3]) Ausser dem Vermögen der Kirchengemeinde bezw. des betr. kirchlichen Instituts.

[4]) Nicht etwa der höhere Geldwert, sondern die besondere Achtungswürdigkeit der betr. Gegenstände war bei dieser Qualifikation massgebend: So H. Meyer. Das dürfte nicht ganz zutreffen. Nicht die Achtungswürdigkeit der Gegenstände, der Diebstahlsobjekte, sondern nur die der zum Gottesdienst bestimmten Gebäude gab den Ausschlag. Denn wer einen dem Gottesdienst gewidmeten Gegenstand aus einem profanen Gebäude stiehlt, kann nur wegen einfachen Diebstahls gestraft werden. Richtig Oppenheim l. c. S. 252. Hat der Thäter das Gebäude für ein zum Gottesdienst bestimmtes gehalten, so ist die Frage, ob ausserdem ein idealkonkurrierender Versuch eines Verbrechens nach § 243,1 vorliegt, vom Standpunkt der objektiven Versuchstheorie zu verneinen, von dem der subjektiven Theorie zu bejahen.

brecherischen Willens; diese „Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit" eines intensiven diebischen Willens offenbart sich in dem Überwinden der sich der Ausführung des Diebstahls entgegenstellenden Hindernisse. Hiermit ist zugleich eine gesteigerte Gefährdung der Rechtsordnung gegeben. (Cf. Hälschner l. c. S. 315 ff.). Der Einbruchsdiebstahl hat zugleich eine durch Einbruch oder Erbrechen von Behältnissen verübte Sachbeschädigung zum Inhalt.

§ **243,4:** Verletzung der Sicherheit des Verkehrs an den im § 243 Ziffer 4 genannten Örtlichkeiten. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Gegenstände namentlich rücksichtlich der Gefahr, indem das Verbrechen „als gefährlich erscheint, weil es unter Umständen verübt wird, unter denen es schwierig ist, es zu verhüten und sich gegen dasselbe zu schützen", (Hälschner I. S. 459) begründen diesen Qualifikationsfall. Ähnliche Rücksichten walteten offenbar bei einzelnen Fällen des § 304 ob.

§ **243,5:** Beim sog. bewaffneten Diebstahl wird die objektive Gefährlichkeit der That (nicht die subjektive Gefährlichkeit des Thäters; s. Hälschner II. S. 326 ff. § 89 und v. Liszt, Lhrb. 1896 S. 425 f.) für die Körperintegrität dritter Personen als qualifizierend betrachtet. „Diurnum (scil. furem occidere licet), si se telo defenderit, iam enim plus est quam fur"; Augustinus c. 3 X. 5,12. Ein solcher lässt auch die Tötung unbequemer Störer nicht ausserhalb seiner Absichten; die Verteidigung ist das mindeste, wozu er die Waffen trägt. So involviert der bewaffnete Diebstahl (das Beisichführen von Waffen bei Begehung des Diebstahls) eine sehr wohl mögliche Gefahr für Leben und Gesundheit derjenigen Personen, welche den Dieben etwa hindernd in den Weg treten; und darin dürfte die Qualifikation des § 243,5 ihren hinreichenden Grund haben.

§ **243,6:** („Bande"). Als qualifizierend erscheint „der die Schuld steigernde Entschluss, sich gewohnheits-, berufsmässig dem Diebstahl zu widmen, und die daraus sich ergebende Gefährlichkeit der Diebesbande"; Hälschner l. c. S. 329, § 90, I. S. 555 ff., § 221); ebenso Geyer in Holtzd. Hdb. II. S. 415.

§ **243,7:** „Als qualifizierend erscheint hier einerseits das listige Benehmen des Diebes, durch das er die Wirksamkeit des nächtlichen Verschlusses der Wohnung vereitelt, andrerseits die Gefahr für die persönliche Sicherheit der Hausbewohner": Hälschner l. c. II.

S. 331, § 91. Der Diebstahl zur Nachtzeit[5]) etc. schliesst mancherlei Verletzungen und Gefährdungen in sich (Hausfrieden und dergl.). — Alle die in § 243 aufgezählten, bei der Verübung des Diebstahls vorhandenen erschwerenden Umstände lassen auf einen intensiveren verbrecherischen Willen schliessen, dem mit intensiverer Strafe begegnet werden muss, ganz abgesehen, dass in Fällen des schweren Diebstahls Angriffe auf die verschiedensten Interessen möglich sind.

Die gleichen Rücksichten waren bei den Qualifikationsfällen des Raubes in § 250[6]) ausschlaggebend. Nur der sog. Strassenraub (Ziff. 3 ibid.) kann mit einigem Recht „eine Reminiszenz an entschwundene Zeiten“, ein „Anachronismus“ genannt werden. Eine andere Erwägung dürfte bei Aufstellung jener Qualifikation durch Ziffer 3 cit. wohl kaum obgewaltet haben. (Über den Strassenraub vergl. Hälschner l. c. S. 373 § 108 Nr. 3).

Von den qualifizierten Verbrechensfällen sind jedoch die sog. zusammengesetzten Verbrechen zu unterscheiden, wo eine Mehrheit von Delikten vorliegt oder m. a. W. wo eine Mehrheit von Normen übertreten wird oder eine Mehrzahl von Rechtsgütern angegriffen, verletzt oder gefährdet wird. Die zusammengesetzten Verbrechen (bekanntlich ein Fall der sog. Deliktseinheit) haben daher einen zusammengesetzten Thatbestand.

Der Diebstahl z. B. hat einen einfachen Thatbestand, d. h. die Übertretung eines einzigen staatlichen Imperativs („Du sollst nicht stehlen!“) [7]). Raub und Erpressung dagegen haben einen doppelten Thatbestand [8]) [9]).

---

[5]) Auch die Zeit bewirkt hier eine Qualifikation, ebenso wie in § 250 No. 4, ferner §§ 293; 296 im Vergleich zu § 370 No. 4. (Cf. Oppenheim S. 254). Qualifizierte Fälle wegen ihrer Beziehungen zu bestimmten Örtlichkeiten: § 243, 1, 2, 4, 7; § 250 No. 3 u. 4 etc.; cf. Oppenheim S. 248 f. Ort, Zeit und Mittel des Verbrechens fungieren (z. B. nach Birkmeyer und a.) als „Modalitäten“ der Handlung, teils qualifizierend, teils privilegierend.

[6]) Gegenüber dem einfachen Raub in § 249 behandelt § 250 die „schweren“, § 251 die sog. „besonders schweren“ Fälle. — § 250 hebt unter den Nrn. 1—4 die straferhöhenden Umstände im Sinne der Str.Pr.O. §§ 262, 295, in No. 5 die Voraussetzungen des Rückfalls hervor; cf. §§ 244 f. St.G.B.; Olshausen II. § 250 N. 1.

[7]) Der Dieb wird aber härter bestraft als regelmässig der Unterschlagende, weil er ausser der Zueignung sich durch die Wegnahme — wie Dickel, Thatbestand des Diebst. S. 37 oben, bemerkt — noch einen Eingriff in die Willenssphäre eines andern zu schulden kommen lässt. Der Dieb zeigt gegenüber dem Unterschlagenden eine intensivere Neigung zur Begehung von Verbrechen. Die Veruntreuung

Der **Raub** ist zusammengesetzt aus Diebstahl und Gewaltanwendung; er ist nicht qualifizierter („durch Gewalt gegen die Person verübter“) Diebstahl, noch qualifizierte („durch diebische Absicht ausgezeichnete“) Gewalt. (Vergl. Mot. S. 124)[10][11]. Zwei wesentlich verschiedene Schutzobjekte sind es, gegen die sich das Verbrechen richtet[12]. Angegriffen wird:

1. wie beim Diebstahl das Vermögen; der Raub ist überwiegend ein Vermögensdelikt. (Vgl. H. Meyer, Lhrb. 5. Aufl. 95 S. 566 und die unten S. 41 ff. N. 1. zit.).
2. Daneben (in diesem Sinne sekundär, wenn auch zeitlich vorausgehend) richtet sich der Raub gegen die Person, die persönliche Willensfreiheit, Sicherheit und Integrität. — Schon die Lex Julia de vi stellte das Verbrechen des Raubes als vis unter den Gesichtspunkt der Störung der öffentlichen Sicherheit. Nach heutigem Recht kommt der mit dem Diebstahl konkurrierende Zwang gegen die Willensfreiheit und persönliche

---

od. Unterschl. anvertrauter Sachen enthält als qualifizierendes und strafschärfendes Moment einen Vertrauensmissbrauch, einen Angriff auf Treu und Glauben; die Unterschlagung im Amt (§ 350 f.) einen Missbrauchs des Amts und eine Verletzung der Amtspflicht. Bei § 351 ist Schutzobjekt ausserdem der öffentliche Glaube u. s. f.

[8]) Ebenso der räuberische Diebstahl des § 252, der nicht ein Fall des Raubes im eigentlichen Sinn ist, sondern in Wahrheit ein durch darauf folgende Gewalt oder Drohungen behufs Erhaltung im Besitz des gestohlenen Gutes ausgezeichneter Diebstahl (cf. Olshausen II. § 252 N. 1). Der räuberische Diebstahl, der es vielleicht im einzelnen Fall zu einem Gebrauch der nach § 243,5 bloss bei sich geführten Waffen kommen lässt, bildet in sekundärer Hinsicht zugleich eine Verletzung der Freiheit der Willensbethätigung nach der That, unter Umständen eine Verletzung der Körperintegrität.

[9]) Infolgedessen auch eine höhere Strafsatzung.

[10]) So bemerken die Motive, dass der Entwurf — im Anschluss an das gemeine Recht und in Übereinstimmung mit der Volksansicht — den Raub als „ein besonderes, gegen Person und Eigentum zugleich begangenes Verbrechen“ behandle. Daher die selbständige Stellung des Raubes im R.Str.G.B.

[11]) Villnow, Raub und Erpressung 1875 S. 2 f., behandelt den Raub im engern, gesetzlichen (§ 249) Sinn und den gewaltsamen (räuberischen) Diebstahl des § 252 als Unterarten des Raubes im weitern Sinn, was jedenfalls der Auffassung des Gesetzes und der herrschenden Ansicht nicht entspricht. — Vgl. auch Merkel bei Holtzd. III. S. 715 f.

[12]) Dieselben Schutzobjekte neben andern hat auch § 139 Str.G.B. im Auge. Denn nach Oppenheim l. c. S. 212 f. sind als Schutzobjekte des Verbrechens des zit. § 139 alle diejenigen Objekte zu bezeichnen, welche Schutzobjekte der Verbrechen sind, deren Anzeige die dem § 139 zu grunde liegende Norm verlangt. Unter diesen Verbrechen ist auch der Raub genannt.

Sicherheit als **Mittel** der Verübung des Raubs und somit gegenüber dem Angriff auf das Vermögen bei der juristischen Beurteilung in zweiter Linie in Frage. (Cf. Merkel l. c. S. 719 § 4).

Einen noch weiter zusammengesetzten Thatbestand enthält der Raub mit Martern (§ 251). Derselbe besteht aus dem Thatbestand des Raubes und der Körperverletzung[13]). Durch diese weitergehende Gefährdung der Person offenbart sich eine grössere Energie des verbrecherischen Willens.

Auch die Erpressung ist heute Vermögensdelikt, während sie früher reines Freiheitsdelikt war. Neben der Richtung auf das Vermögen enthält sie einen (zeitlich primären, bezüglich der rechtlichen Beurteilung aber sekundären) Angriff auf die persönliche Freiheit der Willensbestimmung[14]). Die Erpressung ist selbständiges Delikt, keine qualifizierte Nötigung, ebensowenig wie der Raub qualifizierter Diebstahl ist, obwohl sie den vollen Thatbestand der Nötigung in erweitertem[15]) Umfang in sich aufgenommen. —

Wie die Vermögensdelikte, d. h. die Delikte, deren primäres Angriffsobjekt das Vermögen ist, weitere, sekundäre Schutzobjekte als Gegenstand des Angriffs besitzen können, so gibt es — abgesehen von gewissen Fällen der sog. Gesetzeskonkurrenz[16]) — auch Verbrechen, in denen das Vermögen neben einem andern, primären Angriffsobjekt selbst als sekundäres Schutzobjekt erscheint[17]). Derartige Verbrechen lassen sich als solche gegen das Rechtsgut des Vermögens schlechterdings nicht charakterisieren; es sind keine eigentlichen „Vermögens-

---

[13]) § 251 (worüber Olshausen ib. N. 1) soll ausser den Schutzobjekten des einfachen Raubes die körperliche Integrität des Menschen bezw. das Leben schützen.

[14]) Die Erpressung richtet sich nicht allein gegen den Willen, sondern auch gegen den Körper, z. B. Einsperren, damit der Eingesperrte seine Forderung nicht geltend machen kann: So Merkel bei Holtzd. IV. S. 418 N. 3 gegen Wächter. — Vgl. unten S. 103 ff.

[15]) § 240: „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen"; § 253: „Drohung" schlechthin. — Fehlt daher die Absicht des Thäters, sich einen rechtswidr. Vermögensvorteil zu verschaffen, bei der Erpressung, so liegt bedingungsweise eine strafbare Nötigung nach § 240 vor, keine Erpressung.

[16]) z. B. § 125, wobei nicht noch wegen Sachbeschädigung verurteilt wird.

[17]) Man streitet bekanntlich darüber, ob z. B. die sog. verleumderische Kreditgefährdung des § 187 ein wirkliches Vermögensdelikt ist (so z. B. H. Meyer) oder nicht. M. E. darf man die verleumderische Kreditgefährdung nicht aus den Delikten gegen die Ehre herausreissen, mag auch durch das Vergehen eine Schadensersatz-

delikte", und wir haben sie daher im Laufe unsrer Darstellung nicht zur Besprechung heranzuziehen. Ihre Bedeutung liegt auf wesentlich anderm Gebiet als die der strafbaren Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen, der Vermögensdelikte, deren Behandlung allein hier unsre Aufgabe ist. Trotzdem führt deren Begehung regelmässig eine so grosse Verletzung oder Gefährdung andrer Schutzobjekte und namentlich des Vermögens mit sich, dass dieses Rechtsgut eben als sekundäres Schutzobjekt erscheint[18]). Für einzelne Fälle hat diese Thatsache so gewirkt, dass das sekundäre Schutzobjekt den Anlass zu Qualifikationen gegeben hat[19]).

Nicht zu betrachten haben wir also im Laufe dieser Darstellung eine Anzahl Deliktsgattungen, obwohl durch sie auch Vermögensbeschädigungen resp. -Gefährdungen eintreten können, ja sogar in der Regel eintreten. Dahin gehört u. a. die Urkundenfälschung in den verschiedenen Arten, wie sie auftritt. Sie richtet sich nach der Intention unsres St.G.B. gegen die Sicherheit des Urkundenbeweises; diese Sicherheit ist hier das Schutzobjekt, das durch Kriminalisierung betreffender Thatbestände strafrechtlichen Schutz geniesst[20]). So spricht sich auch das Reichsger. in seiner Entsch. v. 20. Juni 95 (Entsch. XXVII. S. 301) aus: Die Urkundenfälschung ist „kein Delikt, dessen Wesen darin bestände, dass das Vermögen eines andern beschädigt würde, und es richtet sich vielmehr dasselbe unmittelbar gegen Treue und Glauben[21])

---

pflicht begründet werden (cf. Entw. e. b. G.B. II. Les. § 748; jetzt G.B v. 18. Aug. 96 § 824) und das Vermögen gewiss als sekundäres Angriffsobjekt fungieren; denn der persönliche Kredit ist nichts andres als die wirtschaftliche Seite der Ehre. Cf. Str.G.B. § 188 betr. Busse; a. iniuriar. aestimatoria, worüber Ihering, Jahrb. XXIII. S. 155 ff. und E. Landsberg, Iniuria und Beleidigung. Bonn 1886.

[18]) Cf. Oppenheim l. c. S. 236. — Beispiele: Meineid, Urkundenfälschung; §§ 169 und 170: Auch hier kann z. B. das Vermögen Schutzobjekt sein ausser dem primären Angriffsobjekt (nämlich dem Personenstand).

[19]) So z. B. § 268: Absicht, „sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen". Vgl. auch §§ 133,2, 349 u. a.

[20]) Sie enthält stets eine Verletzung des geschützten öffentlichen Interesses an der Echtheit der in Verkehr gebrachten Urkunden.

[21]) Wenn auch nicht völlig unbestritten, entspricht dies jedenfalls einer weitverbreiteten Anschauung, der gegenüber noch niemals erwiesen worden ist, dass man die publica fides nicht als Rechtsgut ansehen dürfe. Auch Hälschner l. c. II. 2 S. 513 ff. rubriziert die Urkundenfälschung und die Münzdelikte unter die „Delikte gegen Treue und Glauben im Verkehre", indem er die fides publica ebenso wie den

in deren Schutz die hervorragende Beweiskraft der Urkunden gestellt worden ist. Darum tritt die Strafe für Urkundenfälschung selbst dann ein, wenn mittels derselben ein sogar rechtlich begründeter Anspruch hatte verwirklicht werden sollen."

Ferner gehört hierher die **Münzfälschung**, als deren Schutzobjekt die Sicherheit des Geldverkehrs fungiert[22]. Während in der röm. Kaiserzeit jenes Verbrechen als crimen maiestatis gestraft wurde (cf. Lex Cornelia de falsis, testamentaria s. nummaria), ist heute bei den sog. Münzdelikten — wie H. Meyer, Lhrb. 5. Aufl. 95 S. 719 (cf. 3. Aufl. 82 S. 613) ganz richtig betont — entscheidender Gesichtspunkt nicht die Münzhoheit oder das finanzielle Interesse des Staates, sondern das Interesse des rechtlichen Verkehrs, wie insbesondere aus der Gleichstellung von inländischem und ausländischem Geld hervorgeht. (St.G.B. § 146.)

3. Die Handlungsobjekte der Vermögensdelikte.

§ 8.

Die Bestandteile des Vermögens.

Nachdem wir als Angriffs- und Schutzobjekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtl. Interessen schlechthin das „Vermögen" gekennzeichnet haben, drängt sich naturgemäss die Frage auf, was überhaupt im Sinne des Strafrechts Bestandteil dieses Vermögens im **einzelnen** sei. Die Ausdrücke „Gut" und „Wert" sind im Verhältnis zur rechtlichen Würdigung zu allgemeiner Natur, als dass mit der Definition des strafrechtlich relevanten Vermögens als eines Inbegriffs von Gütern oder Werten bzw. von wirtschaftlichen Gütern oder Surrogaten solcher die hier aufgeworfene Frage bereits in den voraufgegangenen Erörterungen ihre hinreichende Lösung hätte finden

öffentlichen Frieden und die Sittlichkeit als strafrechtl. geschützte „Güter der Gesellschaft" ansieht; er verteidigt diese Ansicht in interessanter Ausführung gegen die wider die Berechtigung dieser Abstraktion erhobenen Angriffe. Vgl. ferner Merkel bei Holtzd. III. S. 785. — Ebenso behandelt das italienische Str.G.B. vom 30. Juni 89 im 6. Titel des 2. Buchs Münz-, Urkundenfälschung etc. als Verbrechen gegen die öffentliche Treue.

[22]) Die Münzfälschung hat zum Gegenstand das Metallgeld wie das Papiergeld, welch letzterem die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen etc. gleichgestellt sind: § 149 Str.G.B. — Über die Münzdelikte vgl. Hälschner l. c. II. 2. S. 570 ff.

können. Diese Frage ist identisch mit der nach einem weiteren (dritten nach unsrer Darstellung) Verbrechensobjekt. Denn wenn wir schlechthin von dem Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen sprechen, so meinen wir regelmässig damit jenes Objekt, welches Oppenheim l. c. das „Verbrechensobjekt κατ' ἐξοχήν" nennt oder welches nach v. Liszt[1]) und Birkmeyer als „nächstes Objekt des Verbrechens" immer ein sinnfälliges Stück der Körperwelt, also stets ein körperliches Objekt des Verbrechens sein soll. (Hiergegen mit Recht Oppenheim a. a. O. S. 29, 32f.). Es ist dasjenige Objekt, an welchem das Verbrechem als eine Handlung (deswegen „Handlungsobjekt") begangen werden muss, damit der das betreffende Delikt charakterisierende Angriff auf vermögensrechtl. Interessen vorliegt.

Keine Vermögensbestandteile, und somit hier nicht in Betracht kommende Handlungsobjekte im eben bezeichneten Sinn, sind vom Standpunkt des strafrechtlichen (wie des privatrechtlichen) Vermögensschutzes aus die Passiven, die Verbindlichkeiten einer Person als solche (Lauterburg l. c. S. 185, Birkmeyer l. c.). Diese gehören vielmehr nach ihrer aktiven Seite, als Forderung oder sonstige res incorporalis zum Vermögen des Berechtigten, des Gläubigers. Angriffe auf Schulden (Zueignung, Zerstörung etc. von solchen) kennt das Recht ebensowenig wie der vernünftige Sprachgebrauch.

Bestandteile des Vermögens dagegen bilden alle einer Person faktisch unterworfenen, körperlichen oder unkörperlichen, Dinge, soweit sie zur wirtschaftlichen Verkehrsmacht — gewissermassen als Elemente derselben — der betreffenden Person irgendwie beitragen können und als deren Aktiven in Betracht kommen[2]). „Jeder Vermögensbestandteil muss

[1]) Cf. Zeitschr. a. a. O. VIII. S. 151 ff. In der 2. Aufl. seines Lehrb. S. 118 fand sich noch die Einschränkung: „Wenn und soweit wir eine körperliche Sache als Versinnlichung des rechtlich geschützten Interesses oder aber ein körperliches Individuum als Träger desselben vor uns haben u. s. w." Dagegen wendet sich v. Liszt in seiner Zeitschr. a. a. O. S. 155 unten selbst, aber m. E. ohne zureichenden Grund; denn ich kann es (mit Oppenheim a. a. O.) nicht für richtig halten, wenn er dortselbst ausführt: „ . . . es ist Handlung, mithin auch Verbrechen ausnahmslos nicht denkbar ohne Veränderung in der Aussenwelt, ohne sinnliche Verkörperung des durch das Verbrechen gestörten Interesses" Die Ansicht Liszts findet sich von ihm ferner vertreten in d. Zeitschr. VI. S. 663 ff. und in seinem Lehrb. (7. Aufl. 96) § 25 S. 96 N. 1. Cf. v. Hippel i. d. Zeitschr. XVI. S. 605 f. zu Note 6.

[2]) Vermögensbestandteil in diesem Sinne ist gleich „Vermögensstück"; vgl. Str.G.B. § 288 mit § 266,2. „Unter „Vermögensstücken" — sagt Merkel bei Holtzd. IV. S. 441 zu § 266,2 — sind aktive Bestandteile des zur gegebenen Zeit

wenigstens ein Element eines Tauschwertes darstellen" — sagt Lauterburg a. a. O. S. 190; nur darf man eben diese Eigenschaft nicht jeder eigentumsfähigen Sache — wie dies Lauterburg thut — vindizieren. (Vgl. unten S. 100 Note 9 .)

Wenn Lauterburg a. a. O. S. 188 ausführt: „Sachen sind Vermögensbestandteile nur als Gegenstände des Eigentums, nicht als Gegenstände eines andern dinglichen Rechts oder einer Forderung und noch weniger als Gegenstände blosser Innehabung"[3]), und S. 189: „Sachen sind ausschliesslich im Vermögen eines Eigentümers, folglich nur als Gegen-

---

faktisch vorhandenen Vermögens zu verstehen". Cf. Oppenhoff § 266 N. 15. Mit Rücksicht hierauf hat man Verfügungen über Schuldverschreibungen zu Ungunsten des Schuldners (Auftraggebers des Bevollmächtigten im Falle des § 266,2) in einer Entsch. des sächs. O.A.G. Dresden v. 19. Okt. 74 (Pezold, Deutsche Strafrechtspraxis I. § 266 No. 14; v. Schwarze, Gerichtszeitung f. Sachsen XIX. S. 142) ausschliessen zu müssen geglaubt. Aber die Verfügung über Schuldverschreibungen kann — wie Merkel l. c. richtig betont — mittelbar eine Verfügung über aktive Vermögensbestandteile enthalten. — Ferner hat eine Entsch. des bayr. Kass.-H. München v. 28. Sept. 72 (Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspraxis II. S. 118) in einer Bestellung, welche ein Handwerker (oder dessen Stellvertreter) erhalten hat, kein Vermögensstück im Sinne des § 266,2 finden wollen. Aber die angenommene Bestellung begründet ein Recht des Handwerkers dem Bestellenden gegenüber und zwar ein Recht, dem ein vermögensrechtliches Interesse entspricht und welches daher wohl als ein Vermögensstück zu betrachten sein dürfte. So zutreffend: Merkel l. c. S. 441.

[3]) „Hieran ändert nichts — fährt er daselbst fort — die Thatsache, dass durch Zueignung (scil. oder Beschädigung) einer fremden Sache möglicherweise der vom Eigentümer verschiedene Inhaber (Detentor, nicht = possessor) . . . ökonomisch benachteiligt resp. an seinem Vermögen geschädigt wird, sei es, dass ihm eine Ersatzpflicht auffällt, sei es, dass ihm durch die Zueignung (sc. resp. Beschädigung, Zerstörung) ein Forderungsrecht illusorisch gemacht wird, indem er den vertragsmässigen Gebrauch nicht machen, den vertragsmässigen Nutzen nicht ziehen kann". S. 189 l. c.: „Alle Personen, wie Gläubiger, Nutzniesser, Mieter etc. (sc. also soweit überhaupt Besitzer, nur solche alieno nomine = detentores) haben in ihrem Vermögen lediglich das betreffende dingliche oder persönliche Recht resp. [und darauf kommt es beim ökonomischen Vermögen an] dessen unkörperlichen Gegenstand als von der Sache unterscheidbaren Vermögenswert." Mit diesen Ausführungen bin ich nur einverstanden. Sie können aber nicht die oben zit. Behauptung Lauterburgs begründen, da eben beim strafrechtlichen Vermögensbegriff mehr thatsächliche, wirtschaftliche als juristische Momente und Gesichtspunkte vorwalten. Der Besitzer nicht als Detentor, sondern in eigenem Namen, als possessor, kann schon durch den blossen Besitz ohne irgend welches Eigentumsrecht an der Sache dieselbe als Bestandteil seines Vermögens haben, wofür ich kein deutlicher sprechendes Beispiel anzuführen vermag als das Verhältnis des Diebes zu der von ihm besessenen res furtiva.

stände fremden Eigentums fremde Vermögensbestandteile ...", so dürfte hierbei doch allzusehr die Rücksicht auf die rechtliche Seite des Vermögensbegriffs vorherrschen. Das Strafrecht hat es aber mit dem wirtschaftlichen Vermögen zu thun, und hierbei kommt es auf ein offenbares Recht zur Sache sehr selten an. Hat doch auch — wie gezeigt — der Dieb die gestohlene Sache, wenn er sie besitzt und dergl., in seinem wirtschaftlichen Vermögen, während sie sich juristisch in dem des Eigentümers befindet. Eigentumsobjekt und Vermögensbestandteil sind **nicht** identische Begriffe[4][5]. Eine durchaus wertlose Sache ist sehr wohl Gegenstand des Eigentumsrechts; ein solches Eigentumsrecht an einer ganz wertlosen Sache ist auch Bestandteil des Vermögens im Sinne des Juristen: Aber zu dem vom Strafrecht geschützten wirtschaftlichen Vermögenskomplex ist jene Sache als solche nicht zu rechnen.

---

[4]) Die sog. romanistische Theorie vom Vermögen erkennt dies allerdings nicht an.

[5]) Kann eine menschliche Leiche Objekt oder Bestandteil des Vermögens sein? Die Frage ist nach heutiger Rechtsanschauung zu bejahen, insofern dieselbe sich im Besitze von Anatomien und dergl. befindet, gleichgiltig, ob das Rechtsverhältnis des Besitzers (possessor) zur Leiche sich als wirkliches Eigentum, Usukapionsbesitz, bonae oder malae fidei possessio juristisch darstellt. Dies dürfte heutzutage kaum bestritten werden. — Anders die Frage: Kann an menschl. Leichen Privateigentum begründet werden? Nein: Die bei J. Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebst. begangen werden? Diss. 1894, S. 19 N. 3 zitierten, u. a.: Wächter, Windscheid, Köstlin, Merkel. Ja: Lehr S. 19 und die das. Note 5 zit., namentlich Dernburg, Schütze, Hälschner, Binding, v. Liszt, Olshausen, Oppenhoff, v. Schwarze, Rüdorff. Die bejahende Antwort dürfte das richtigere treffen. Vgl. C. E. Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht. Diss. Zürich 85; Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt, Goltd. Arch. Bd. 34 S. 173 ff.; Schultheis, Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschl. Leichnam und Teilen desselben. Diss. Halle 88.

Demgemäss fällt die in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgte Wegnahme einer in fremdem Eigentum und Gewahrsam stehenden Leiche bezw. von ebensolchen Leichenteilen unter § 242, nicht § 168 bezw. 367,1. Denn es handelt sich diesfalls nicht um Verletzung des religiösen Gefühls etc. wie in Fällen des § 168, sondern in der That in erster Linie um einen Angriff auf vermögensrechtliche Interessen. Ebenso Lehr l. c. S. 20 und die das. N. 1 zit., s. namentlich Olshausen II. § 242 N. 7; Oppenhoff § 168 N. 3. Wenn auch die „Wegnahme" (nicht „Entwendung", wie Lehr l. c. S. 20 sagt) einzelner Leichenteile nicht im 11. Abschnitt, sondern unter den Übertretungen behandelt wird, schliesst doch die übereinstimmende Wortfassung der §§ 168 und 367,1 die Annahme aus, dass das Gesetz in beiden Paragraphen zwei Delikte mit ihrem Wesen nach völlig verschiedenem Thatbestand behandeln will. — So kann auch der menschliche Körper, trotzdem er sonst res extra commercium

§ 9.

Die Bedeutung der Handlungsobjekte.

Alles, was wir soeben als Bestandteile des strafrechtlich geschützten Vermögens (oder „Vermögensstücke“[1]) [R.Str.G.B. § 266,2; K.O. §§ 209,1, 212,1 u. a. m.]) kennen gelernt haben, kann unter gegebenen Voraussetzungen Objekt schlechthin oder Handlungsobjekt der hier in Betracht kommenden Verbrechen sein[2]). Blicken wir auf die Bedeutung dieser Objekte, welche dieselben — eben als Bestandteile jenes strafrechtlich geschützten Gutes des „Vermögens“ — für die strafrechtliche Würdigung jener unter der Kategorie der „Vermögensdelikte“ zusammengefassten Verbrechensgruppe besitzen, und berücksichtigen wir namentlich den wohlbegreiflichen Grund, gerade die Handlungsobjekte bei den einzelnen Verbrechens-Thatbeständen genau festzustellen und zu unterscheiden, worauf wir sogleich des näheren eingehen werden, — so erscheint es schon auf den ersten Blick wohl berechtigt, gerade von diesem Objekt bei unsern Untersuchungen auszugehen.

1. Wodurch rechtfertigt es sich aber, dass wir mit Oppenheim und vielen andern das eben genannte Objekt (Handlungsobjekt) als „Verbrechensobjekt“ bezeichnen? — Und 2. Welche Bedeutung hat es, diese Objekte bei den einzelnen Verbrechen festzustellen und zu behandeln? Diese beiden Fragen werfen sich zunächst auf und harren der Lösung.

Die erste Frage hat Oppenheim in einer m. E. zutreffenden Weise in jenem Abschnitt seiner Schrift beantwortet, in dem er die Notwendigkeit einer Trennung von Handlungsobjekt und Schutzobjekt (l. c. § 26) klarlegt, so dass ich mich auf diesen Hinweis beschränken kann. Bereits oben habe ich darauf Bezug genommen, dass

---

ist [jedoch Sklaven!], in leblosem Zustand als Vermögensbestandteil und daher als Objekt bei den Vermögensdelikten erscheinen; cf. H. Meyer, Lehrb. 1895 S. 534. — Über §§ 168 und 367,1 s. Lehr S. 18 ff. § 3 und die dort zit. Litteratur!

[1]) „Vermögensstücke“ = Stücke des Aktivvermögens, seien es bewegliche oder unbewegliche Sachen oder Forderungen, somit identisch mit „Bestandteile des Vermögens“; cf. Str.G.B. § 288. [Vgl. S. 28 f. N. 2.]

[2]) Also auch Rechte (unkörperl. Sachen) können in gewissem Sinn als Handlungsobjekte fungieren: In § 266,2 sind es die Forderungen, über welche verfügt wird; in § 302 c. (Mitwucher) sind es die (ungiltigen) erworbenen und weiterveräusserten Wucherforderungen; in § 212 K.O. die verheimlichten etc. Vermögensstücke bezw. die geltend gemachten erdichteten Forderungen.

der Ausdruck „Objekte des Verbrechens" sich für die Handlungsobjekte dadurch rechtfertigt, dass sie diejenigen Gegenstände sind, an denen [nicht mit denen! Das wären die „Mittel" oder „Werkzeuge" (Instrumente) der Begehung des Verbrechens; Handlungsobjekte sind aber keine „Mittel". Cf. Oppenheim a. a. O. §§ 17, 21] die verbrecherische Handlung, jenes auf dem Willensentschluss basierende menschliche „Thun", in einer der menschlichen Sinneswahrnehmung erkennbaren Weise vorgenommen werden muss, damit die Handlung den gesetzlichen Thatbestand erfüllt[3]). Nur wenn wir unter Objekt des Verbrechens schlechthin das Handlungsobjekt verstehen, ist es möglich, die Lehre vom Versuch am untauglichen Objekt abzuhandeln, und alle Autoren haben bisher stets, wenn sie vom Verbrechen am untauglichen Objekt sprachen, das Handlungsobjekt im Auge gehabt. Ferner behaupten wir allgemein, ein und derselbe Gegenstand könne Objekt der verschiedensten Verbrechen sein; so dieselbe Sache Objekt der Sachbeschädigung, des Diebstahls, der Unterschlagung u. s. w. Die vielumstrittene Lehre vom error in obiecto fusst auf der gleichen Thatsache[4]). Wenn diese Auffassung vom Verbrechensobjekt auch weitaus die herrschende ist[5]), so ist sie dennoch nicht unbestritten. Schütze z. B. verweist die Handlungsobjekte ausdrücklich aus dem Kreis der Verbrechensobjekte. Der erschlagene Mensch, die gestohlene, beschädigte Sache, die gefälschte Urkunde sind für Schütze lediglich Objekte „des blossen, äusseren Thataktes" (s. Schütze, Lehrb. d. Strafr.

[3]) Vgl. auch Liszt in der Zeitschr. VIII. l. c. S. 151: „Es ist . . . notwendig, zwischen dem rechtlich geschützten Interesse als dem Gegenstand des Verbrechens, wenn dieses als Rechtsverletzung; und . . . der sinnfälligen Verkörperung jenes Interesses (s. oben S. 28) als dem Gegenstand des Verbrechens, wenn dieses als Handlung ins Auge gefasst wird, scharf und folgerichtig zu unterscheiden." Cf. ders. i. d. Zeitschr. VI. S. 689.

[4]) Cf. Oppenheim l. c. S. 163—165.

[5]) In der ganzen Litteratur, soweit ich dieselbe zur vorliegenden Abhandlung angezogen habe, fand ich neben den Angriffsobjekten die Handlungsobjekte als ‚Objekte des Verbrechens" genannt.

Welche Verwirrung bezüglich der Verbrechens-Objekte noch in der Litteratur herrscht, geht m. E. hieraus hervor, dass Hälschner sogar das rechtlich geschützte Gut bald Objekt des Verbrechens, bald aber auch wieder Mittel für Begehung des Verbrechens nennt (so l. c. I. S. 455 § 182 und S. 452 oben). Desgleichen hält Binding Schutzobjekt (Rechtsgut) und Handlungsobjekt nicht genügend auseinander. (Cf. v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, Zeitschr. VI. a. a. O., insbes. S. 672 ff.).

2. Aufl. 74, S. 98 § 33 N. 1)[6]). Und trotzdem spricht er in seinem Lehrb. S. 98 und 136 von einem Versuch am untauglichen Objekt, vom fehlenden Objekt, S. 426 N. 4 nennt er die betreffende Sache „Objekt" u. s. w. Solange die Gegner solche Waffen uns selbst reichen, ist keine Veranlassung gegeben, näher auf die Sache einzugehen.

Auf die zweite Frage ist folgendes zu sagen. Weil die Handlungsobjekte — wie betont — diejenigen Objekte sind, an denen die verbrecherische Handlung vorgenommen werden muss (und sich dadurch der Ausdruck „Objekte des Verbrechens" für sie vollkommen rechtfertigen dürfte), verwendet der Gesetzgeber in so vielen Fällen das Handlungsobjekt als Definitionsobjekt, d. h. er nimmt das Handlungsobjekt expressis verbis in die gesetzliche Definition eines Verbrechens mit auf, wenn ein Definitionsobjekt auch nicht immer wie z. B. in §§ 242, 246, 249, 259, 267, 288, 303 u. a. m. im grammatischen Objekt des Gesetzessatzes gegeben ist. (Vgl. hierüber Oppenheim l. c. S. 182 f.). Das Handlungsobjekt kann aber allerdings auch nur stillschweigend bezeichnet werden. Es wird vom Gesetz bald allgemeiner, bald spezieller — in genere, in specie — bezeichnet. In den Fällen wie in § 266 Ziffer 1 und 3, in denen die geschädigten Personen bezw. Sachen als Definitionsobjekt erscheinen[7]), „geht das Gesetz generell definierend vor, sieht es von den speziellen Objekten der einzelnen verschiedenen Handlungen ab und fasst . . . letztere alle unter das genus der ein bestimmtes Objekt benachteiligenden oder fördernden Thätigkeit zusammen" (Oppenheim l. c. S. 179 f.)[8]). Öfter

[6]) Ähnlich neuerdings E. Eisenmann, Die Grenzen des strafbaren Versuchs, i. d. Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. XIII. (1893) S. 464 § 4 und S. 466: Die sog. Objekte seien eben auch nur Mittel, d. h. Kräfte, Umstände, die zum Erfolge mitwirkten. Zum Objekt könne das Verbrechen nur ein Recht haben, da es Rechtsverletzung sei, nicht einen menschlichen Körper, eine Wertsache und dergl. (l. c. S. 466). — Vgl. hierzu: Hälschner a. a. O. I. S. 345 bes. Note 5 und S. 348 f., wonach zu den Mitteln „auch das Objekt des Delikts" gehören soll. „Es ist der lebende Mensch ebenso wie das ihm beigebrachte Gift Mittel, um jenen Erfolg in die Erscheinung treten zu lassen, welchen wir Tötung nennen." „Es kann hiernach überhaupt nur von einer Untauglichkeit der Mittel die Rede sein . . ." Gleichwohl bezeichnet Hälschner durchgängig die Handlungsobjekte als Objekte des Verbrechens.

[7]) Gegenüber der Ziff. 2, wo die Handlungsobjekte als Definitionsobjekte verwendet werden.

[8]) Genannte Delikte sind daher (nach Oppenheim) „Verbrechen mit unbestimmtem Objekt". Ebenso enthält K.O. § 211 ein Verbrechen mit unbestimmtem

definiert das Gesetz ein Verbrechen derartig generell, dass das Schutzobjekt als Definitionsobjekt erscheint, so z. B. den Betrug als in bestimmter Weise vorgenommene Schädigung fremden Vermögens. Im Verhältnis zur „fremden beweglichen Sache" in § 242 etc. enthalten § 370 Ziff. 2, 5, 6, sowie § 367 Ziff. 1, desgleichen § 291 etc. noch speziellere Definitionen des Verbrechensobjekts. „Vielfach stellt das Gesetz bei der Definition von Verbrechen sich auf den speziellen Standpunkt, lässt aber daneben erkennen, dass es von einem andern Standpunkt der Betrachtung aus den durch die verbrecherische Handlung Geschädigten ebenfalls als Objekt ansieht". (Oppenheim l. c. S. 181 f.) So erscheinen nach § 247 die geschädigten Angehörigen, Vormünder oder Erzieher in gewisser Beziehung als beim Diebstahl und bei der Unterschlagung, nach § 303 Abs. 4 der geschädigte Angehörige des Thäters als bei der Sachbeschädigung in Betracht zu ziehende Objekte[9]). Ein weiteres Beispiel hierfür bietet § 292 Abs. 2 R.St.G.B. — Je genauer nun schon durch die Legaldefinition das Objekt des Verbrechens bezeichnet wird, um so leichter ist ein Irrtum und damit eine Ausschliessung der Schuld möglich. Der subjektive Thatbestand eines Verbrechens verlangt bekanntlich Bewusstsein des Thäters von allen wesentlichen Merkmalen des Verbrechens; und dazu gehört regelmässig das Handlungsobjekt[10]).

Objekt; es ist generell definiert als Sicherung und Befriedigung eines Gläubigers zur Begünstigung desselben vor den übrigen. Als Definitionsobjekt erscheint der begünstigte Gläubiger, während selbstverständlich Handlungen sehr verschiedener Art und an sehr verschiedenen Objekten in Betracht kommen. Ferner § 257 St.G.B., da die Verbeistandung von Verbrechern durch sehr verschiedene Handlungen an sehr verschiedenen Objekten stattfinden kann; nur von einem generellen Standpunkt der Betrachtung aus erscheint die begünstigte Person als Objekt der Handlung; desgl. § 258. Dagegen in § 259 sind Objekt die Sachen, welche verheimlicht etc. werden.

[9]) Natürlich nur in gewissem Sinn und von einem andern Standpunkt aus. — Damit sind nicht die Verbrechen zu verwechseln, in denen Oppenheim Identität von Subjekt und Objekt — mit Unrecht! — annimmt: In § 298 ist Handlungsobjekt nicht „der Schiffsmann selbst, der seine Person von dem Ort wegbringt bezw. fernhält, wo er sein soll", sondern die Heuer, mit der er entläuft, d. h. die er mitnimmt und behält — [eine Art (das Objekt ist keine fremde Sache i. S. des § 246!) Unterschlagung] —, obgleich er die (vorschussweise empfangene) Heuer noch nicht abverdient hat. (Contra: Oppenheim S. 220, 289.) In § 213 K.O. ist Objekt nicht etwa der Thäter selbst, „da er sich (nach Oppenheim) zur Abgabe seiner Stimme verkauft", sondern die zu bestimmtem Zwecke angenommenen „besonderen Vorteile".

[10]) Das angegriffene Schutzobjekt aber nicht. „Freilich bedingt es sehr häufig die Beschaffenheit der verbrecherischen Handlung von selbst, dass der Thäter bei der vorsätzlichen Begehung des Verbrechens weiss und wissen muss, welches Schutz-

Eben darum — von andern Gründen hier abgesehen — ist es nicht bloss zweckmässig, sondern geradezu notwendig für Wissenschaft und Praxis, zuerst das Handlungsobjekt festzustellen und darnach erst zu untersuchen, welche einzelnen Handlungen überhaupt unter den Verbrechensbegriff fallen können. Hiernach muss sich die Aufmerksamkeit auf das Schutzobjekt richten. Während die Systematik (z. B. eines Lehrbuchs des Strafrechts oder, wie auch wir es bei unsern bisherigen Erörterungen gethan haben,) natürlich den umgekehrten Weg einschlagen würde, ist dies gewissermassen die genetische Reihenfolge, wenn man vom Gesetzestext ausgeht. Welche Bedeutung die genaue Feststellung der Handlungsobjekte der einzelnen Verbrechen für die ganze Kenntnis des Verbrechens überhaupt und für die Systematisierung des besondern Teils des Strafrechts besitzt, werden wir noch des öftern im Laufe dieser Abhandlung erfahren. „Auch insofern bietet — sagt Oppenheim l. c. S. 162 ganz mit Recht — die Feststellung des Handlungsobjekts einen sichern Boden, als der... Streit über die Natur der Schutzobjekte an Wert verliert. Mögen sie Rechte, Rechtsgüter, Interessen, Zustände oder sonst etwas sein — ihre Natur tritt für die Praxis wenigstens in den Hintergrund des Interesses, wenn das Handlungsobjekt feststeht“. — Darum „ist das Bestreben von Geyer in seinem Grundriss[11]) und von Liszt in seinem Lehrbuch, stets die Objekte der einzelnen Verbrechen zu unterscheiden, dankbar anzuerkennen. Der falsche Ausgangspunkt beider lässt sie aber zu einer brauchbaren Scheidung nur bei denjenigen Verbrechen gelangen, welche in einer an körperlichen Gegenständen vornehmbaren Handlung bestehen“ (Oppenheim S. 175 Note*). — Hiernach dürfte es zur Genüge begründet erscheinen, wenn wir in der folgenden Betrachtung bei den einzelnen Verbrechen, die sich als Angriffe auf ein vermögensrechtliches Interesse darstellen, vor allem und in manchen für unsre Untersuchung wichtigen Punkten eingehender die Frage nach dem Handlungsobjekt zu beantworten versuchen.

---

objekt er angreift. So kann man nicht vorsätzlich töten und stehlen, ohne zu wissen, dass man das Leben und das Eigentum verletzt“. Oppenheim l. c. S. 168 f.

[11]) Vgl. a. a. O. II. S. 3: „Zur Klarstellung des Thatbestandes ist vor allem das Angriffsobjekt des Verbrechens in abstracto, das Gut, dessen Verletzung für das Verbrechen charakteristisch ist, zu bestimmen. Davon ist das Angriffsobjekt in concreto zu unterscheiden, d. h. die Person oder die Sache, gegen welche oder an welcher das Verbrechen begangen wird.“ Dagegen mit Recht v. Liszt in seiner Zeitschr. VIII. S. 152: „Es dürfte klar sein, dass hier der Gegensatz zwischen abstrakt und konkret in durchaus fehlerhafter Weise verwertet ist . . .“

II. ABSCHNITT.

Das System der Vermögensdelikte im Hinblick auf die Bedeutung der Verbrechensobjekte.

§ 10.

Wenn wir die Vermögensdelikte im allgemeinen übersehen, so können wir behaupten, dass ihre Thatbestände alle die gleiche Norm im Grunde enthalten, die nach Abstraktion aus den den einzelnen Paragraphen zu Grunde liegenden Normen etwa lauten würde: „Schädigt das Vermögen andrer nicht!" Diese Norm von so allgemeiner Bedeutung, dass alle jene vielen gesetzlichen Normen sich ihr subsumieren lassen, wäre aber — wie Binding, Normen I. § 30 gelegentlich bemerkt — viel zu vag, und der Gesetzgeber hat dies eingesehen. Sagt er doch nicht: Wer fremdes Vermögen verletzt, wird . . . bestraft; ebensowenig wie er etwa alle im R.Str.G.B. fixierten Verbrechensthatbestände unter die eine Norm: „Verübt keinen groben Unfug"! hätte subsumieren können. Es wäre eine Norm von lediglich doktrinärer Bedeutung, welche das Gesetz nirgends in dieser abstrakten Allgemeinheit ausspricht, sondern sofort in einer Vielheit besondrer Normen ausgeprägt hat. (Hälschner l. c. I. S. 88). Daher zerschlägt der Gesetzgeber (aber nicht, wie Binding a. a. O. meint, das Gesamtgut des Vermögens, sondern) jene generelle, unbestimmte Norm in ihre konkreten, allgemein verständlichen Teilbegriffe; erst dann findet der Unterthan jenes rechtlich geschützte, weil vom Recht anerkannte, Gut genugsam bezeichnet, dessen Respektierung ihm obliegt[1]).

Seitens des Gesetzgebers ist nun die Unterscheidung der einzelnen gegen das Vermögen gerichteten Delikte nicht nach einem einheitlichen Gesichtspunkt, sondern — wie dies ein Blick in das R.Str.G.B. zeigt —

[1]) Cf. Bünger l. c. (Zeitschr. VIII. S. 669): „Bei der aus den verwickelten menschlichen Verhältnissen zur Aussenwelt sich ergebenden Vielseitigkeit dieser Interessen kann ein und dasselbe Rechtsgut von denselben Thätern in mannigfacher Weise verletzt werden. Dann liegen soviel Rechtsverletzungen vor, als geschützte Interessen verletzt sind. Die den geschützten Rechtsgütern entsprechenden Gattungsdelikte zerfallen den mannigfachen Interessen an den einzelnen Seiten der Rechtsgüter entsprechend in mannigfache Artsdelikte". — Vgl. noch Merkel, Holtzd. Hdb. III. S. 852.

nach mannigfachen, sich vielfach durchkreuzenden Rücksichten erfolgt. Jeder der in Betracht kommenden Angriffe auf betreffende Interessen erscheint uns daher in unserm Str.G.B. als etwas Selbständiges. Schon äusserlich tritt dies hervor, indem das Gesetzbuch die betreffenden Delikte nicht in einem Abschnitt, etwa unter der Überschrift „Vermögensdelikte“ (mit sich daran anschliessenden Unterabteilungen), zusammengefasst, sondern — man möchte fast sagen — jedem derselben einen besondern Abschnitt oder Titel zugewiesen hat. Das R.Str.G.B. hat m. E. gut daran gethan, die einzelnen Vermögensdelikte nicht unter Rubriken mit den in Lehrbüchern sich findenden Überschriften zu klassifizieren; Strafgesetzbücher schweizerischer Kantone namentlich lassen ersehen, wie unsystematisch man bei dem Versuch einer Systematisierung im Gesetzbuch zu Werke gehen kann[2]. Andrerseits stehe ich in diesem Punkte allerdings auch nicht auf dem Standpunkt Bindings (Normen I. § 30 S. 197 Note 324), der noch weiter geht und behauptet, eine derartige Überschrift besitze [trotzdem sie sich im Gesetz befindet] keine Gesetzeskraft, nütze nichts und schade nur, weshalb die richtige Systematisierung der Verbrechen der Wissenschaft überlassen bleiben müsse. —

Wenn ich oben von „mannigfachen, sich vielfach durchkreuzenden Rücksichten“ sprach, nach welchen die Unterscheidung der Vermögensdelikte im Gesetzbuch erfolgt ist, so seien einige davon hier hervorgehoben.

Dass auch unter den hier zu besprechenden strafbaren Handlungen die Unterscheidung von Kommissiv- und Omissivdelikten Platz zu greifen habe, leuchtet ein. Das R.Str.G.B. aber kennt bloss Kommissivdelikte unter den Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Die das Vermögen betreffenden Unterlassungsdelikte[3] — wie Nichtzahlung geschuldeter Abgaben, Zoll-, Steuerdefraudationen [W. Honemann, Das Verhältnis zwischen der Defraudation der Zölle und Verbrauchs-

---

[2]) Man darf sich daher auch nicht wundern, wenn die Lehrbücher und Lehrvorträge über deutsches Strafrecht in der Systematisierung und Klassifizierung der betreffenden Delikte nicht übereinstimmen.

[3]) Die Unterlassungsverbrechen sind (nach Oppenheim) objektlose Verbrechen; a. a. O. S. 212. „Da die Handlung Muskelbewegung ist, so kann Unterlassung keine Handlung sein; auch die Sprache setzt beide in Gegensatz. Darum stellt eine Unterlassung auch keine Verknüpfung zwischen einem Subjekt und einem Objekt dar; man kann nicht nach dem Objekt einer Unterlassung, sondern nur nach dem Objekt der unterlassenen Handlung fragen“; l. c. S. 86.

steuern und dem Betrug nach dtschm. Reichsrecht, Diss. Halle a/S. 1894, nimmt hier eine teilweise abweichende Stellung ein[4])] — sind in besondern Gesetzen Gegenstand einer selbständigen und in mancher Hinsicht eigentümlichen Behandlung.

Von den hierher gehörigen Kommissivdelikten aber sind einige mit solchen, welche ihre Richtung gegen Leib und Leben haben, in dem die gemeingefährlichen[5]) Delikte behandelnden 27. Abschnitt des 2. Teils des R.Str.G.B. zusammengestellt und von den andern Vermögensdelikten dadurch getrennt worden; hierhin gehören die §§ 306—311, 313—318a, 321 ff[6]). Ihre Bedeutung beruht vornehmlich in ihrer Gefährlichkeit für andrer Leib, Leben oder Eigentum, welche bei den letzteren teils nebeneinander (wie in § 314), teils getrennt (wie in §§ 312 und 313) ausdrücklich als die zu gefährdenden[7]) Objekte und somit als Schutzobjekte im Gesetz bezeichnet[8]), teils aber auch zusammen als Schutzobjekte aus dem Inhalt des Gesetzes (wie z. B. der §§ 306, ff. 315 f.) leicht zu ersehen sind[9])[10]). Diese Gemeingefährlichkeit verleiht

[4]) Dazu Bonnenberg i. Jur. Litteraturbl. 1895 S. 88 f., No. 101; sowie Stenglein i. Gerichtss. 50 S. 239 f. No. 18, in vieler Hinsicht gegen Honemann. S. 240 l. c. wendet sich Stenglein m. E. nicht mit Recht gegen die Annahme eines Volksbewusstseins: „Das „Volksbewusstsein“ ist nicht bewiesen und nicht beweissbar, es ist kein Gesetz . . . . Die grosse Masse des Volks hat aber sicherlich (?) über die Frage, ob Spezies des Betrugs oder delictum sui generis, gar keine Meinung“. Vgl. ferner: H. Schwaiger, Über d. strafrechtl. Stellung der Steuerdefraudationen. Erl. Diss. München 1894; auch abgedruckt im Gerichtss. Bd. 49 S. 401 ff. [darüber v. Hippel i. d. Zeitschr. XVI. S. 639 No. 57].

[5]) Gegensatz: die vielfach sog. individualgefährlichen Delikte. — Über die gemeingefährl. Delikte: Hälschner a. a. O. II. 2 S. 593 ff. u. a.

[6]) Von im R.Str.G.B. behandelten Übertretungen sind aus dem 29. Abschnitt des Str.G.B. hier zu nennen: §§ 360,10, 366,2, 4, 5, 7, 8 [Blankettstrafdrohungen: Ziff. 10, § 366a], 367,3, 4, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 368,3, 4, 5, 6, 7, 8, 369,3, in denen neben Leben und Gesundheit auch das Vermögen der an den betr. Örtlichkeiten etc. verkehrenden, wohnenden etc. Menschen als Schutzobjekt aus dem Gesetzesinhalt zu entnehmen ist. Allein (bezw. in erster Linie) ist das Vermögen Schutzobjekt z. B. in § 360,12, 14, 361,9, 368,1, 2, 9, 10, 11 (nur teilweise), 369,1, 2, 370,1, 2, 4, 5, 6. Einige der letztgenannten Paragraphen enthalten jedoch nur Zuwiderhandlungen gegen fremde (Verbietungs-)Rechte und Befugnisse, ohne notwendige gefährdende Einwirkung auf das Vermögen.

[7]) Die gemeingefährl. Verbrechen sind durchgehends Gefährdungsverbrechen.

[8]) Desgleichen „das Leben oder die Gesundheit anderer“ in § 321.

[9]) So erfordert z. B. § 306 (abstrakte) Gemeingefahr für das Leben, § 308 für Eigentum oder Leben.

[10]) Nach der herrschenden Auffassung sind bei den gemeingefährlichen Verbrechen

den genannten Verbrechen einen besondern, durchaus selbständigen Charakter und eine selbständige Stellung im System des Strafrechts. Dadurch haben sie ihre Qualität als reine Vermögensdelikte eingebüsst, und es ist daher unzulässig, die in jenem 27. Abschnitt aufgeführten Delikte als Qualifikationen andrer zu erklären, z. B. Brandstiftung etc. als qualifizierte Sachbeschädigung. (Cf. Oppenheim l. c. S. 199 f.) Delikte verwandten Charakters sind in einigen Spezialgesetzen (z. B. Sprengstoffgesetz v. 9. Juni 1884) behandelt.

Sehen wir nunmehr von den gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen ab, so sind es regelmässig nur dolose Delikte, welche das R.Str.G.B. als strafbare Angriffe gegen vermögensrechtliche Interessen behandelt. Fahrlässige Vermögensverletzungen bezw. Zueignungshandlungen bleiben heutzutage fast durchweg straflos, wenn sie auch regelmässig zu Schadensersatz zivilrechtlich verpflichten. — Das Recht kann zwar schon abgesehen von einem Verschulden gegen rechtswidriges Thun und Unterlassen einschreiten, z. B. in Form von Entschädigungszwang, aber grundsätzlich nie mit Rechtsstrafe[11]). Selbst schuldhafte rechtswidrige Handlungen sind nicht immer strafbar: z. B. bei der deliktischen (Vermögens-) Zueignung, der Vermögensbeschädigung etc., wenn sie strafbar sein sollen, muss Dolus vorliegen[12]). Ein kulposes Vermögensdelikt enthält K.O. § 210 insoweit, als beim einfachen Bankrott die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, sohin die dolose Vermögensbeschädigung mangelt.

Ferner macht sich die Art und Weise der Verletzung vermögensrechtlicher Interessen — ob mittels einer direkten Einwirkung auf Sachen, wie bei Sachbeschädigung und Diebstahl, oder einer solchen auf den Willen des Berechtigten oder des Inhabers der zu erlangenden Objekte durch Täuschung[13]), wie bei Betrug und Wucher[14]), ob mittels

---

des R.Str.G.B. nur Leben, Gesundheit und Vermögen die Schutzobjekte. „Es bedürfte noch der Überlegung, ob nicht entgegen der herrschenden Meinung es richtiger wäre, einige der sog. gemeingefährlichen Verbrechen des deutschen Str.G.B. als Verbrechen mit unbestimmtem Schutzobjekt aufzufassen"; cf. §§ 317 ff. (Oppenheim l. c. S. 231 f.).

[11]) Man denke an neuere Haftpflichtgesetze; die Entschädigung ist in Wirklichkeit keine Deliktsfolge, sondern Folge der rein thatsächlichen Verursachung eines rechtswidrigen Erfolgs. — Cf. Lauterburg l. c. S. 198 f.

[12]) Speziell der Diebstahl kann nur dolos begangen werden: Ullmann, Dolus etc. § 1 S. 6 ff. [Heute nicht mehr bestritten.] „Furtum sine dolo malo — [affectu furandi] — non committitur". Gai. III. § 197 = § 7 Inst. h. t.

[13]) Der unmittelbare Eingriff in die fremde Vermögenssphäre bedient sich zu seiner

Gewalt oder Drohung (Ausübung von vis absoluta oder atrox und compulsiva, physischer und psychischer Gewalt), wie bei Raub und Erpressung, oder in nicht gewaltsamer Weise, wie bei Diebstahl, Untreue etc., ob mittels einer Einwirkung auf eigene Vermögensobjekte des Schuldigen, wie beim Bankrott[15]) und den ihm ähnlichen Delikten[16]), oder — was der regelmässige Fall ist — einer solchen auf fremde Vermögensobjekte, wie bei der Sachbeschädigung, beim Diebstahl u.s.w.,— als Einteilungsgrund geltend. Schon aus dieser gedrängten Darstellung geht hervor, dass auf Grund der verschiedenen Formen des Angriffs eine systematische Einteilung aller Vermögensdelikte nicht mit Erfolg versucht werden kann. Wir würden einzelne in Betracht kommende Delikte bei der Identität ihres Objekts geradezu unter mehrere Kategorien aufzunehmen haben, wollten wir nicht ganz willkürlich die eine oder andre Seite derselben als primär oder prävalierend herausgreifen, und würden ausserdem an sich zusammengehörige Delikte durch ihre systematische Stellung auseinander reissen. So mag denn

Ausführung nicht der Person des Beschädigten, sondern geschieht durch Eigenmacht des Thäters; der mittelbare Eingriff kann die (eigene) Handlung eines Dritten (als Medium), unter Umständen (notwendig ist dies nicht) des Beschädigten selbst, nicht entbehren und besteht darin, dass der eigene Wille desselben zu der direkten Ursache der Beschädigung gemacht wird, sei es durch Drohung, sei es durch Täuschung.

[14]) Cf. Hälschner II. 1 S. 435: Die Thätigkeit des Wucherers und des Betrügers stimmt insofern überein, als beide sich einer Handlung des Verletzten selbst zur Verwirklichung ihrer Absicht bedienen. Wenn aber Hälschner l. c. S. 435 unten dahin unterscheidet: Der Betrüger versetze den Betrogenen in die Lage, in der er, scheinbar frei wählend, sich zu der ihn schädigenden Handlung entschliesst, der Wucherer benütze die vorgefundene Lage des andern zur Ausbeutung, — so trifft dies nicht ganz zu: Denn auch der Betrüger kann einen vorgefundenen Irrtum benutzen; er braucht nicht notwendig erst den Irrtum zu erregen, sondern er kann ihn, wenn er bereits vorhanden ist, auch „unterhalten" (wie § 263 sagt). Der Unterschied liegt u. a. hier in dem Benutzen, der Ausbeutung des Irrtums, dort in dem Benutzen, der Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern.

[15]) H. Meyer, Lehrb. 1895 S. 597: B. ist „die Gefährdung der Gläubiger durch eine unzulässige Einwirkung auf den eigenen Vermögenszustand des Schuldners . . ."; G. Schmidt, Der strafbare Bankbruch. München 1893, S. 226: „schuldhafte Minderung des eigenen Vermögens seitens des Schuldners"; v. Liszt, Lehrb. 1896 S. 454: „Verletzung der Forderungsrechte der Gläubiger . . . durch . . . (schuldhafte) Verminderung des eigenen Vermögens oder durch Verschleierung des Vermögensstandes" (cf. S. 67 N. 13).

[16]) z. B. Vereitelung der Zwangsvollstreckung. — Sog. „Pfandunterschlagung" i. e. rechtswidrige Verfügung über eigene, gepfändete Sachen, ist kein Fall des § 246, sondern des § 137. (Vgl. Lauterburg l. c. S. 213.)

die Form des Angriffs vielfach massgebend sein für die Charakterisierung der betreffenden Delikte, für die Systematisierung spielt sie bloss eine untergeordnete Rolle.

Die Auffassung der Vermögensdelikte als Verletzungen subjektiver Vermögensrechte.

§ 11.

Man hat ferner einen wichtigen Einteilungsgrund in der „Verschiedenheit der verletzten Vermögensrechte" für das System der Vermögensdelikte finden zu können geglaubt [1] [2]. So sollen nach der

---

[1]) Eine der derzeitigen gebräuchlichsten Einteilungen der Vermögensdelikte spricht

I. von den Delikten gegen das Vermögen im Rechtssinn, wozu
   a) die Delikte gegen dingl. Vermögensrechte, speziell das Eigentum,
   b) gegen Forderungsrechte,
   c) die gegen Okkupationsrechte gerechnet werden, und

II. von den Verbrechen gegen das Vermögen im ökonomischen Sinn: Betrug, Erpressung, Untreue, strafbare Ausbeutung und Wucher, Partiererei, strafbares Glücksspiel, Anbordnahme von Kontrebande, Bankrott und die an ihn sich anlehnenden Delikte, Vereitelung der Zwangsvollstreckung. — Ausserhalb dieser beiden Arten von Vermögensdelikten stehen die Verbrechen gegen das sog. geistige Eigentum (die sog. Individualrechte). — So Birkmeyer in seinem Grundriss des Strafr. Ähnlich v. Liszt in seinem Lehrb. [Strafbare Handlungen gegen Vermögensrechte:
   1. gegen Sachenrechte,
   2. Verletzung von Zueignungsrechten,
   3. Verbrechen gegen Forderungsrechte, gegenüber
   4. den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen überhaupt (Betrug, Erpressung und dgl.). Selbständig neben den Vermögensdelikten stehen die „strafbaren Handlungen gegen Individualrechte"]

und Oppenheim a. a. O. S. 269 ff. § 38 ff., der folgende Gruppen selbständig neben einander reiht: Verbrechen gegen das Eigentum und den Gewahrsam, gegen fremde Okkupationsrechte, gegen das sog. geistige Eigentum, gegen das Vermögen, gegen obligatorische Rechte oder Pflichten.

Schütze, Lehrb., legt auf die bereits erwähnte Form des Angriffs Gewicht und teilt die Delikte „am Vermögen" ein in
   1. Entwendungen (Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung, Hehlerei),
   2. Betrügerei (Betrug, Untreue, Prävarikation, Urkundenfälschung, Bankrott),
   3. Sachbeschädigung; ausserdem
   4. gemischte Fälle: strafbarer Eigennutz etc.

H. Meyer teilt die „Delikte gegen das Vermögen" ein in der 5. Aufl. (1895) seines Lehrb. (cf. § 85 sub Ziff. 5 S. 532) in:

herrschenden Theorie einige hierher gehörende Delikte, wie z. B. Unterschlagung und Sachbeschädigung, lediglich eine Richtung gegen das Eigentumsrecht, einige, wie das Delikt des § 289 R.Str.G.B., eine Richtung gegen andre Sachenrechte, andre, wie Diebstahl und Raub, eine solche gegen Eigentumsrecht und Besitz haben und zwar in der Art, dass jedesmal das betreffende Recht als solches verletzt werde und daher Angriffs- und Schutzobjekt sei. „Dass Rechte in manchen Fällen

---

1. die an Sachen begangenen Vermögensdelikte. (Sachbeschädigung, Unterschlagung, Diebstahl, Raub, „Verletzung" des Okkupationsrechts etc.)
2. die durch Einwirkung auf den Willen begangenen Vermögensdelikte (Betrug, Erpressung),
3. Verletzung bestehender Schuldenverhältnisse (Nichterfüllung, Vollstreckungsvereitelung, Bankrott etc.),
4. Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen (Ausbeutung etc.) und
5. Hehlerei.

[In der 5. Aufl. behandelt Meyer sämtliche Fälle der Untreue neben der „Verletzung des Urheberrechts" und andern Verbrechen unter den „Delikten gegen sonstige persönl. Rechtsgüter". Vgl. l. c. S. 593 § 97,2 und S. 613 § 105,2].

Nur selten trifft man eine wesentlich andre Einteilung. Alle die genannten Verbrechen fassen als solche gegen das Vermögen schlechthin auf und stellen daher Diebstahl, Sachbeschädigung, Betrug, Hehlerei, Wucher u. s. w. unter die gleiche Rubrik zusammen: E. Ullmann; v. Kirchenheim; Merkel (Lehrb. 1889), in Holtzd. Hdb. III. S. 621 ff. systematisiert er die „Eigentumsverletzungen" auch nicht, sondern folgt der Legalordnung.

Berner in s. Lhrb. rubriziert die „Verbrechen und Vergehen wider das Vermögen" nach der Legalordnung des R.St.G.B. Desgleichen: F. Kobner, dtschs. Reichsstrafrecht, 3. Aufl. 1895. Nicht viel anders Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. II. 1 S. 245 ff.

R. Heinze dagegen bezeichnet in seinem als Manuskript gedruckten, mehrmals aufgelegten (5. Aufl. 1891) Grundriss des Strafr. S. VII. bloss den Diebstahl, die Unterschlagung, die Sachbeschädigung, die Eingriffe in fremde Aneignungsrechte, den Vertragsbruch und die „Verletzung" fremder Individualrechte als „Verbrechen gegen fremde Vermögensrechte", während ausserhalb derselben Betrug, Fälschung, Bankrott eine selbständige Stellung einnehmen und Raub, Erpressung unter den „Verbrechen gegen die Willensfreiheit der Person" aufgeführt sind.

Guilio Crivellari, Dei reati contro la proprietà, Trattato teorico-pratico, Torino 1887 (cf. v. Liszt in d. Zeitschr. f. d. gesamte St.R.W. VIII. S. 436 f.) systematisiert, von den deutschen Strafrechtslehrbüchern etc. wesentlich abweichend:

I. Verbrechen bloss gegen das bewegliche Vermögen:

1. Teil. Der eigentliche Diebstahl.

1. Titel: Diebst. ohne Gewalt und Drohung gegen die Person.
2. Titel: Diebst. mit Gewalt oder Drohung: 1. Gewaltsamer Diebst. 2. Erpressung. 3. Ricatto, Raub.

— sagt ein Vertreter dieser Theorie, Oppenheim l. c. S. 196 f., — Schutzobjekte im Sinne des Gesetzes sind, ergibt sich aus diesem selbst; so z. B. bei Unterschlagung und Diebstahl, da das Gesetz dabei rechtswidrige Zueignung verlangt" [3]). Über den Begriff der Zueignung werden wir an andrer Stelle noch zu handeln haben. Dort wird nachzuweisen sein, dass der Begriff „Zueignung" auf eine Verletzung von Rechten nicht schliessen lassen darf. (S. unten S. 81 ff). Hier haben wir vorläufig nur den Begriff der Rechtsverletzung zu erläutern.

„Das Eigentumsrecht — sagt hierzu Oppenheim a. a. O. S. 188 — kann man nur verletzen, wenn man seinen Gegenstand, die fremde Sache, sich aneignet oder in Gebrauch nimmt oder beschädigt" [4]). Dem gegenüber hält Binding, Normen I. § 30 S. 192, mit guten Gründen wie an der Unverletzbarkeit der Normen, die bereits erwähnt wurde, so auch an der Unverletzbarkeit der Rechte an und für sich fest.[5]) Durch die auf vermögensrechtliche Interessen gerichteten Angriffe

---

2. Teil. Der uneigentl. Diebst. (furto improprio): 1. Betrug, Übervorteilung Minderjähriger, Wucher (scrocchio). 2. Veruntreuung. 3. Verwandte Fälle: Betrügl. Ausfüllung eines Blanketts, Fundunterschlagung, Aneignung eines Schatzes, Urkundenunterdrückung.

3. Teil. 1. Hehlerei. 2. Bestimmungen über Ausschluss und Beschränkung der Verfolgung etc.

II. Verbrechen bloss gegen das unbewegl. Vermögen oder gegen bewegl. und unbewegl. Vermögen:

1. Titel: Verbrechen bloss gegen d. unbewegl. Verm. aus Gewinnsucht: Besitzanmassung (usurpazione): 1. Grenzverrückung. 2. Ableitung von Wasser. 3. Besitzstörung.

2. Titel: Verbr. geg. d. bewegl. und unbewegl. Verm. aus Rachsucht: Sachbeschädigung.

[2]) Nach Meyer, Lhrb. 5. Aufl. S. 162 oben, handelt es sich bei den meisten (also nicht allen) Vermögensdelikten um Verletzung eines subjektiven Rechts; nach dems. S. 531 § 85 (4. Aufl. § 82) sind die Vermögensdelikte teils gegen Vermögensrechte, teils gegen Vermögensinteressen gerichtet und bestehen teils in der Verletzung, teils in der Gefährdung von solchen.

[3]) Nach Hälschner l. c. II. 1 S. 301 N. 3 soll § 242 Verletzung des Eigentumsrechts **stillschweigend** voraussetzen.

[4]) A. a. O. S. 203 äussert sich derselbe Autor in gleicher Weise: „Je nachdem ... eine fremde Sache zerstört oder beschädigt oder gestohlen wird, ist das Eigentumsrecht daran vernichtet oder in seinem Wert gemindert oder in seiner Ausübung gehemmt. In allen diesen Fällen ist das Recht »verletzt«."

[5]) Desgl. in s. Handb. — Ebenso früher schon Birnbaum im Arch. d. Crim.-R. N. F. 1834 S. 172; Merkel, Crim. Abhdlgn. I. S. 101 und Jurist. Encyklop. §§ 260 ff.

sowie durch den Schadensersatz tritt innerhalb des Vermögens eine Metamorphose des Vermögensobjekts, aber nicht eine Vernichtung von Vermögensrechten ein. Nicht die Kontravention richtet das Eigentum oder ein andres Recht zu grunde, sondern der (kasuelle oder dolos bewirkte) Untergang des Gegenstands des betreffenden Rechts. Selbst nach Vollendung der sog. Eigentumsverbrechen besteht das Eigentumsrecht als solches fort; der Bestohlene, in dessen Eigentum die gestohlene Sache vor dem Diebstahl sich befand, bleibt trotz des Diebstahls Eigentümer und wird in rechtlicher Beziehung stets als solcher behandelt. Das dürfte denn doch wohl nicht ernstlich geleugnet werden. Wie wollte man auch sonst die dem bestohlenen Eigentümer zustehende rechtliche Befugnis, die Sache zu vindizieren und dgl., anders hinreichend erklären als eben als Ausfluss des fortbestehenden Eigentumsrechtes? Wer vindiziert, behauptet ja selbst, Eigentümer zu sein. Also nicht das blosse formale Recht an sich wird verletzt[6], sondern — wie schliesslich auch Oppenheim u. a. zugeben müssen — die thatsächliche Möglichkeit, von dem subjektiven Recht vollkommenen Gebrauch zu machen und zwar dies in wirtschaftlicher Beziehung[7]. Kurz: die entwendete Sache bleibt zwar im Eigentum des bestohlenen Eigentümers, aber seinem Vermögen ist sie faktisch entzogen[8]. —

Wenn aber nun trotz der sog. Angriffe auf subjektive Rechte

---

[6]) Sollte dagegen der Thäter das Recht des vorgeblich „Verletzten" bestreiten oder wirklich glauben, dass er selbst ein Recht habe, insofern also das Recht eines Dritten „verletzen", so fehlt es ja an dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und an einer rechtswidrigen Absicht, und der Thäter würde straflos ausgehen müssen.

[7]) Der Eigentümer hat durch den Diebstahl nur den Besitz der Sache, das corpus (wie die röm. Juristen sagen, nicht den animus), und die damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile verloren; diesen Besitz kann er im Wege der Eigentums-, Diebstahls- etc. Klage wieder erlangen. Darum definiert Binding (Normen I. 2. Aufl. S. 336) die Unterschlagung als „Versuch, die Rückerlangung des juristischen Besitzes für den Eigentümer . . . zu hintertreiben". (Ebenso Hehlerei!)

[8]) So sagt auch die lex Atinia [Volksschluss aus d. 6. Jahrh. a. u. c., welcher die Usukapion gestohlener Sachen verbot; § 2 J. de usucap. 2,6; l. 4 § 6, l. 33 pr. D. de usurpat. 41,3] nach Birkmeyer, Vermögen S. 326: Das Vermögen im subjektiven Sinn als Recht gedacht, kann der Dieb etc. nicht verletzen; rechtlich bleibt das Gestohlene stets im (jurist.) Vermögen des Bestohlenen: Eius, quod subreptum est, aeterna auctoritas esto. Was dem Bestohlenen durch das furtum abgeht, das ist lediglich die faktische Macht, die ihm das Vermögensrecht über die gestohlene Sache, wie über alle seine Vermögensbestandteile gab, die potestas (l. 4 § 6 D. cit.) oder, wie uns dies die Quellen wiederholt erklären, das „habere" im natürlichen Sinn (gleich „tenere"), die

und angeblicher Rechtsverletzungen die subjektiven Rechte unverletzt weiter bestehen, ja vielleicht gerade jetzt erst durch Ausübung des Klagerechts zur vollen, gegenüber jedem Nichtberechtigten wirkenden rechtlichen Macht und absoluten Herrschaft zu werden Gelegenheit haben, so dürfen wir ganz allgemein behaupten: Was schlechterdings nicht verletzt oder vernichtet werden kann, kann auch das positive Recht als verletzbar unmöglich anerkennen, ebensowenig wie es einen Kausalzusammenhang da hervorzuzaubern vermag, wo keiner existiert. (Vgl. Binding a. a. O.).

Weil auch das positive Recht Unmögliches nicht möglich machen kann und sich dieses Umstandes wohl bewusst ist, wird zugleich die Einwendung zu gunsten der Theorie der Verletzung subjektiver Rechte illusorisch, dass das Recht an vielen Stellen von der Verletzbarkeit und infolgedessen von dem Schutze subjektiver Rechte und namentlich des Eigentumsrechtes spricht. Beispiele hierfür bieten: das R.Str.G.B. in seinen §§ 305, 313, 314, das bayr. Str.G.B. v. 1861, welches die Fälle der heute sog. Sachbeschädigung in der betr. Titelüberschrift als „Eigentumsbeschädigung" bezeichnet, die Strafgesetzbücher von Bayern 1813, Sachsen, Oldenburg, Württemberg, Braunschweig, Sachsen-Altenburg, Hessen-Darmstadt, Nassau, Thüringen, Österreich, welche von „Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigentums" sprechen, das hannoversche Str.G.B.: „Beschädigung oder Zerstörung des Eigentums" [9]), schweizer Strafgesetzbücher, welche von der Pfandunterschlagung oder Pfanddefraudation als der widerrechtlichen Verfügung über (mit Pfand) behaftetes Eigentum sprechen[10]), die Reichsverfassung im Art. 4, Ziff. 6 („Schutz des geistigen Eigentums"[11]), das Bürgerl. G.B. in zahlreichen Paragraphen.

In allen diesen Fällen, die nur dem Laien verführerisch erscheinen dürften, bedarf es nicht erst der juristischen Lupe, sondern es muss bei der ersten Betrachtung einleuchten, dass das Gesetz den Begriff

facultas habendi, die possessio. (Dazu a. a. O. Note 727 auf S. 327, woselbst die Stellen zitiert sind.) Hat der Bestohlene diese faktische Macht wieder erlangt, so hat er die Sache wieder voll in seinem Vermögen.

[9]) Cf. Lueder, Vermögensbeschädigung S. 38.

[10]) Cf. Lauterburg l. c. S. 213.

[11]) Cf. O. Dambach in Holtzd. Hdb. IV. S. 476 oben; Ihering, Jahrb. XXIII. S. 303 ff.

Eigentum nicht ohne weiteres mit dem des Eigentumsrechtes vertauscht wissen will, sondern dass es — allerdings nicht in sehr lobenswerter Klarheit der Ausdrucksweise — unter Eigentum das versteht, was die gelehrte Doktrin als Objekt des betreffenden Rechts ansieht. Bestehen doch die gesetzgebenden Faktoren zum allergrössten Teil nicht aus jenen haarscharfspaltenden Begriffsjuristen wie Celsus, sondern aus „Männern des Volkes", die die Sprache des Volkes reden, denen immer und immer wieder ans Herz gelegt wird, in Sachen, die das Volk angehen, dem Volke verständlich zu reden. Darum wäre es ein bedenkliches Spiel der Juristen, Eigentum überall, wo dieser Ausdruck in Gesetzen sich findet, schlechtweg als Eigentumsrecht zu interpretieren [12]), während die Volkssprache an eine derartige Permutation der Begriffe nicht denkt. Viel öfters kommt es vor, dass im gewöhnlichen Leben Eigentum und Vermögen als gleichbedeutende Begriffe aufgefasst werden; ja man kann sagen, die Volkssprache versteht unter „Eigen", „Eigentum", „Hab und Gut", „dem, was einer hat, besitzt, was ihm gehört" und ähnlichen Redeweisen regelmässig das Vermögen als die Gesamtheit von Vermögensgütern. M. a. W.: In derartig gelagerten Fällen haben wir unter Eigentum nicht das Recht, sondern den Gegenstand des Rechts [13]) zu verstehen; die in der wissenschaftlichen Sprache geläufige Identifizierung von Eigentum und Eigentumsrecht würde für die Gesetzesinterpretation gefährlich und nicht der ratio legis entsprechend ausfallen.

Diese Thatsache finden wir nicht nur in unserer heutigen Gesetzgebung und Rechtsentwickelung; schon im alten römischen Recht ist sie ebenso häufig. Die m. E. richtige Erklärung hierfür gibt Pernice, wenn er in seinem Labeo I. (1. Aufl.) S. 315 sub 2 sagt: „Das Eigentumsrecht als die absolute, unbeschränkte Herrschaft über eine Sache gestattet und legt nahe, das Rechtsobjekt mit dem Recht selbst zu verwechseln" [14]).

---

[12]) Dass die verschiedene Auffassung des „Eigentums" eine unsrer modernen Gesetzgebung durchaus nicht fremde ist, dafür können wir uns auf das berufen, was Randa, Der Besitz nach österr. Recht, 2. Aufl. § 11 N. 46, vom österr. Bürgerl. Gesetzb. sagt: „Das Gesetzbuch bedient sich des Wortes „Eigentum" im zweifachen Sinn, nämlich im technischen als totaler rechtlicher Herrschaft über körperliche Sachen, sodann im vulgären Sinn als subjektive rechtliche Macht über alle Objekte des Vermögensrechts".

[13]) So ist deutlich in § 305 Str.G.B. „Eigentum" = Objekt des Eigentumsrechts.

[14]) Ebenso Ihering, Geist des röm. R. II. S. 461; Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach röm. R. (Rektorats-Programm 1873) S. 25 [zitiert bei Birkmeyer, Vermögen S. 145 Note 431].

Selbst in unserer neuesten wissenschaftlichen Litteratur begegnen wir dieser Verwechslung auf Schritt und Tritt[15], so dass es mitunter Fälle geben kann, wo es zweifelhaft wird, ob der Schriftsteller an das Recht oder das Rechtsobjekt, welches verletzt wird, gedacht hat[16].

Aus diesen Erwägungen müssen wir den Ausdruck „Verletzung von Rechten" ebenso interpretieren wie oben die Bezeichnung „Verletzung der Rechtsordnung, des objektiven Rechts", „Normverletzung" u. s. w. und uns bewusst sein, dass — wie Liszt in der 7. Aufl. 1896 seines Lehrb. § 31 S. 120 N. 3 sagt — „Rechtsverletzung" nur ein Bild (ein allegorischer Ausdruck) ist[17]. Subjektive Rechte „verletzen" heisst daher nicht: sie vernichten und aufheben — nur in den wenigsten Fällen hat der Ausdruck diese Bedeutung —, sondern: ihnen zuwiderhandeln, sie missachten u. dgl.[18]. Objektives Recht und

---

[15]) „Eigentumsverletzung" = Eigentumsrechtsverletzung: Ullmann, Dolus etc. S. 40 N. 88; „verletzender Eingriff in fremdes Eigentum": ib. S. 31 [S. 32: „Eingriff in fr. Eigentumsrechte"], S. 63.

„Rechtswidrige Zueignung fremden Eigentums" = fremder Eigentumsobjekte: Lauterburg l. c. S. 215; ebenso „Entziehung" bezw. „Aneignung fremden Eigentums": Ullmann S. 9, 14; Hälschner II. 1 S. 347 unten; „Entwendung beweglichen Eigentums": Ullmann S. 51; „Beschädigung fremden Eigentums": Lueder.

[16]) Vgl. Ullmann S. 31: „Delikte gegen fremdes Eigentum" kann sowohl heissen: D. geg. f. Eigentumsrecht, was nach dem ganzen Inhalt seiner Schrift U. wohl gemeint hat, als: D. geg. f. Eigentumsobjekte, ebenso wie ja auch H. Meyer z. B. in der 3. Aufl. s. Lehrb. von „Rechtswidrigkeiten gegen Sachen" bezw. in d. 5. Aufl. von „an Sachen begangenen Vermögensdelikten" redet. Ebenso l. c. S. 29: „Verbrechen gegen fremdes Eigentum" neben „Eigentumsdelikte". „Beschädigung fremden Eigentums" (fremden Eigentumsrechts oder fremder Eigentumsobjekte?): Lueder; „Eigentum im ökonomischen Sinn": J. Lehr a. a. O. S. 8; „Eigentumsbeschädigungen" neben Vermögensbeschädigung: Hälschner II. 1 S. 386 § 112.

[17]) Ähnlich wie man von Ehrverletzung oder Ehrenkränkung spricht, wobei die sittliche Qualität des Beleidigten (die nach Hälschner I. S. 472 Objekt der Rechtsverletzung bei der Beleidigung ist) auch nicht in ihrer Existenz etc. beeinflusst wird.

[18]) Ich habe mich nach synonymen Bezeichnungen in der Litteratur umgesehen und fand u. a.: „Eingriff in fremde Eigentums- (bezw. Vermögens-) rechte": Ullmann, Dolus etc. S. 32, S. 11, 37 N. 81, S. 69; „prinzipielle Negierung fremden Eigentums": ib. S. 68; „Negation des Eigentums": Fuld i. Arch. f. prakt. Rechtsw. 1886 S. 71; der Entw. eines preuss. Str.G.B. v. 1833 § 484 spricht von „Kränkung" der Rechte (cf. Gerichtss. Bd. 43 S. 354). — Mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Moment: „Benachteiligung eines Rechts" und „Schädigung von Rechten": Gerichtss. l. c. S. 351; „Eigentumsrechte schädigen": Ullmann S. 32; „Beeinträchtigung fremder Eigentumsrechte": ib. S. 63; „Schädigung der Vermögensrechte": ib. S. 17; „Beschädigungen von Vermögensrechten": Gerichtss. l. c. S. 425; „materielle Verletzung fremder Eigentums-

Eigentum nicht ohne weiteres mit dem des Eigentumsrechtes vertauscht wissen will, sondern dass es — allerdings nicht in sehr lobenswerter Klarheit der Ausdrucksweise — unter Eigentum das versteht, was die gelehrte Doktrin als Objekt des betreffenden Rechts ansieht. Bestehen doch die gesetzgebenden Faktoren zum allergrössten Teil nicht aus jenen haarscharfspaltenden Begriffsjuristen wie Celsus, sondern aus „Männern des Volkes", die die Sprache des Volkes reden, denen immer und immer wieder ans Herz gelegt wird, in Sachen, die das Volk angehen, dem Volke verständlich zu reden. Darum wäre es ein bedenkliches Spiel der Juristen, Eigentum überall, wo dieser Ausdruck in Gesetzen sich findet, schlechtweg als Eigentumsrecht zu interpretieren [12], während die Volkssprache an eine derartige Permutation der Begriffe nicht denkt. Viel öfters kommt es vor, dass im gewöhnlichen Leben Eigentum und Vermögen als gleichbedeutende Begriffe aufgefasst werden; ja man kann sagen, die Volkssprache versteht unter „Eigen", „Eigentum", „Hab und Gut", „dem, was einer hat, besitzt, was ihm gehört" und ähnlichen Redeweisen regelmässig das Vermögen als die Gesamtheit von Vermögensgütern. M. a. W.: In derartig gelagerten Fällen haben wir unter Eigentum nicht das Recht, sondern den Gegenstand des Rechts [13]) zu verstehen; die in der wissenschaftlichen Sprache geläufige Identifizierung von Eigentum und Eigentumsrecht würde für die Gesetzesinterpretation gefährlich und nicht der ratio legis entsprechend ausfallen.

Diese Thatsache finden wir nicht nur in unserer heutigen Gesetzgebung und Rechtsentwickelung; schon im alten römischen Recht ist sie ebenso häufig. Die m. E. richtige Erklärung hierfür gibt Pernice, wenn er in seinem Labeo I. (1. Aufl.) S. 315 sub 2 sagt: „Das Eigentumsrecht als die absolute, unbeschränkte Herrschaft über eine Sache gestattet und legt nahe, das Rechtsobjekt mit dem Recht selbst zu verwechseln" [14]).

---

[12]) Dass die verschiedene Auffassung des „Eigentums" eine unsrer modernen Gesetzgebung durchaus nicht fremde ist, dafür können wir uns auf das berufen, was Randa, Der Besitz nach österr. Recht, 2. Aufl. § 11 N. 46, vom österr. Bürgerl. Gesetzb. sagt: „Das Gesetzbuch bedient sich des Wortes „Eigentum" im zweifachen Sinn, nämlich im technischen als totaler rechtlicher Herrschaft über körperliche Sachen, sodann im vulgären Sinn als subjektive rechtliche Macht über alle Objekte des Vermögensrechts".

[13]) So ist deutlich in § 305 Str.G.B. „Eigentum" = Objekt des Eigentumsrechts.

[14]) Ebenso Ihering, Geist des röm. R. II. S. 461; Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach röm. R. (Rektorats-Programm 1873) S. 25 [zitiert bei Birkmeyer, Vermögen S. 145 Note 431].

Selbst in unserer neuesten wissenschaftlichen Litteratur begegnen wir dieser Verwechslung auf Schritt und Tritt[15]), so dass es mitunter Fälle geben kann, wo es zweifelhaft wird, ob der Schriftsteller an das Recht oder das Rechtsobjekt, welches verletzt wird, gedacht hat[16]).

Aus diesen Erwägungen müssen wir den Ausdruck „Verletzung von Rechten" ebenso interpretieren wie oben die Bezeichnung „Verletzung der Rechtsordnung, des objektiven Rechts", „Normverletzung" u. s. w. und uns bewusst sein, dass — wie Liszt in der 7. Aufl. 1896 seines Lehrb. § 31 S. 120 N. 3 sagt — „Rechtsverletzung" nur ein Bild (ein allegorischer Ausdruck) ist[17]). Subjektive Rechte „verletzen" heisst daher nicht: sie vernichten und aufheben — nur in den wenigsten Fällen hat der Ausdruck diese Bedeutung —, sondern: ihnen zuwiderhandeln, sie missachten u. dgl.[18]). Objektives Recht und

---

[15]) „Eigentumsverletzung" = Eigentumsrechtsverletzung: Ullmann, Dolus etc. S. 40 N. 88; „verletzender Eingriff in fremdes Eigentum": ib. S. 31 [S. 32: „Eingriff in fr. Eigentumsrechte"], S. 63.

„Rechtswidrige Zueignung fremden Eigentums" = fremder Eigentumsobjekte: Lauterburg l. c. S. 215; ebenso „Entziehung" bezw. „Aneignung fremden Eigentums": Ullmann S. 9, 14; Hälschner II. 1 S. 347 unten; „Entwendung beweglichen Eigentums": Ullmann S. 51; „Beschädigung fremden Eigentums": Lueder.

[16]) Vgl. Ullmann S. 31: „Delikte gegen fremdes Eigentum" kann sowohl heissen: D. geg. f. Eigentumsrecht, was nach dem ganzen Inhalt seiner Schrift U. wohl gemeint hat, als: D. geg. f. Eigentumsobjekte, ebenso wie ja auch H. Meyer z. B. in der 3. Aufl. s. Lehrb. von „Rechtswidrigkeiten gegen Sachen" bezw. in d. 5. Aufl. von „an Sachen begangenen Vermögensdelikten" redet. Ebenso l. c. S. 29: „Verbrechen gegen fremdes Eigentum" neben „Eigentumsdelikte". „Beschädigung fremden Eigentums" (fremden Eigentumsrechts oder fremder Eigentumsobjekte?): Lueder; „Eigentum im ökonomischen Sinn": J. Lehr a. a. O. S. 8; „Eigentumsbeschädigungen" neben Vermögensbeschädigung: Hälschner II. 1 S. 386 § 112.

[17]) Ähnlich wie man von Ehrverletzung oder Ehrenkränkung spricht, wobei die sittliche Qualität des Beleidigten (die nach Hälschner I. S. 472 Objekt der Rechtsverletzung bei der Beleidigung ist) auch nicht in ihrer Existenz etc. beeinflusst wird.

[18]) Ich habe mich nach synonymen Bezeichnungen in der Litteratur umgesehen und fand u. a.: „Eingriff in fremde Eigentums- (bezw. Vermögens-) rechte": Ullmann, Dolus etc. S. 32, S. 11, 37 N. 81, S. 69; „prinzipielle Negierung fremden Eigentums": ib. S. 68; „Negation des Eigentums": Fuld i. Arch. f. prakt. Rechtsw. 1886 S. 71; der Entw. eines preuss. Str.G.B. v. 1833 § 484 spricht von „Kränkung" der Rechte (cf. Gerichtss. Bd. 43 S. 354). — Mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Moment: „Benachteiligung eines Rechts" und „Schädigung von Rechten": Gerichtss. l. c. S. 351; „Eigentumsrechte schädigen": Ullmann S. 32; „Beeinträchtigung fremder Eigentumsrechte": ib. S. 63; „Schädigung der Vermögensrechte": ib. S. 17; „Beschädigungen von Vermögensrechten": Gerichtss. l. c. S. 425; „materielle Verletzung fremder Eigentums-

subjektive Rechte werden schon dadurch „verletzt“, dass etwas ihnen Zuwiderlaufendes geschieht[19]). So rechtfertigen sich auch die Redewendungen: „rechtswidrig“, „widerrechtlich“ u. dgl.

Weil aber der Begriff „Rechtsverletzung“ nur eine bildliche Ausdrucksweise ist und nur eine solche zu sein beansprucht, die Bildersprache aber namentlich in einer Wissenschaft wie die Jurisprudenz, wo sich ideales „Seinsollen“ und nackte, reale Wirklichkeit manchmal so enge berühren, in der Regel zu absonderlichsten Ideen und Resultaten führt[20]), so sollte man m. E. den Begriff der „Rechtsverletzung“, der — richtig verstanden — immerhin keine contradictio in adiecto enthält, doch nur äusserst behutsam, wenn überhaupt, zur Grundlage wissenschaftlicher Folgerungen wählen[21]).

§ 12.

Abgesehen von den sogenannten Angriffen auf fremde Eigentums- und Besitz**rechte** hat nach gemeiner Meinung eine weitere Gruppe von Vermögensdelikten, wie die Jagdvergehen, eine Richtung gegen fremde (ausschliessliche) Okkupationsrechte oder, wie der Nachdruck, eine Richtung gegen fremde Urheberrechte oder, wie Untreue und Bankrott, gegen Rechte und Pflichten obligatorischer Natur.

Zu den sog. „**Verbrechen gegen fremde Okkupationsrechte**“ gehören die verschiedenen Verbrechen des unberechtigten Jagens, Fischens und Krebsens, wie sie in den §§ 292—296a, 368 No. 10 und 370 No. 4 kriminalisiert sind. Als **Schutzobjekt** bei diesen Delikten erscheinen **Rechte** auf Okkupation von jagdbarem Wild, Fischen und Krebsen, welche Rechte nur bestimmten Personen zustehen, soweit nicht freie Jagd u. s. w. besteht: So die gemeine

---

rechte“: Ullmann S. 68; „realer (bezw. „meritorischer“) Eingriff in die Vermögens- (bezw. Eigentums-) rechte“: ib. S. 69.

[19]) So fasst man heute vielfach als „Eigentumsverletzung“ jede Störung in der Ausübung der vielfachen Befugnisse, welche dem Eigentümer zustehen, auf, sofern sich der Störende z. B. beim Diebstahl etc., wenn auch nur vorübergehend, zum thatsächlichen Besitzer der fremden Sache macht.

[20]) So hat man — um nur ein deutlich sprechendes Exempel anzuführen — in der allgemeinen Staatslehre den Staat mit dem menschlichen Organismus zu vergleichen gesucht, ist jedoch bei diesem Anlass in Verlegenheit über die Frage gekommen, was man im „Staatsorganismus“ als Nieren, Magen oder Verdauungswerkzeuge anzusehen habe.

[21]) M. E. enthielt der Entw. e. b. G.B. erster Lesung in § 704,2 (aus gleichem Grund) eine missglückte Bestimmung; cf. II. Les. § 746 (abgeändert); jetzt § 823.

Meinung[1]). Da die Jagd regelmässig räumlich begrenzt ist, so erklärt es sich, dass § 292 von „Orten, an denen er zu jagen nicht berechtigt ist“, spricht. Berechtigt zur Jagdausübung an einem bestimmten Ort ist entweder der, welcher diese Jagd gepachtet hat, oder der, dem dieses Recht auf Grund des Civilrechts zusteht oder — wie nach röm. Recht, wo die Jagd jedem freistand, — jeder. Nicht berechtigt ist daher jeder, dem diese Rechte nicht zur Seite stehen. Und jeder, der ein solches Recht nicht hat und die Jagd ausübt, verletzt damit das fremde Okkupationsrecht. (Cf. Oppenheim l. c.) Ausschliessliche Okkupationsrechte können also nur so verletzt werden, dass ihr Gegenstand selbst okkupiert wird.

Im allgemeinen ist dies gerade nicht anfechtbar, aber genau präzisiert ist damit das individuelle Wesen der sog. Delikte gegen fremde Okkupationsrechte durchaus nicht. Es ist zwar zuzugeben, dass hier überall oder doch in den meisten Fällen ein Okkupationsrecht irgendwie in Frage steht, d. h. dass es sich stets darum handeln wird, ob der Thäter zur Ausübung der Jagd in concreto berechtigt war oder nicht; aber die Frage nach der Berechtigung zur inkriminierten Handlung spielt ja bekanntlich bei jedem Delikt eine nicht unbedeutende Rolle. Dem Jagdberechtigten wird durch unbefugtes Jagen kein Recht genommen, sondern vielmehr ein solches erworben (cf. S. 181 N. 6). So unterscheiden sich denn m. E. die Delikte gegen Okkupationsrechte von andern Vermögensdelikten nur durch ihre juristisch bedeutsame und eigentümliche Handlung des „Okkupierens.“ Speziell durch die juristische Eigenschaft des Handlungsobjekts (res nullius) sondern sie sich vom Diebstahl ab.

Nur wenn man so die Sache erklärt und die „Verletzung“ der Okkupations**rechte** nicht allzusehr in den Vordergrund drängt, enthält das St.G.B. keine Absurdität, wenn es in § 293 das Jagen während der gesetzlichen Schonzeit (die Jagd ist nämlich nicht nur räumlich, sondern auch zeitlich begrenzt) von seiten des sonst Jagdberechtigten[2]) pönalisiert. Oder sollte — mirabile dictu — der Berechtigte selbst

---

[1]) Hälschner l. c. II. 1 S. 340 oben; Oppenheim § 39 S. 272 f.; Birkmeyer; v. Liszt; Meyer; Heinze; Merkel.

[2]) So z. B. Oppenheim; dagegen die herrschende Meinung: Merkel, Holtzd. Hdb. III. S. 840; Oppenhoff § 293 N. 7. Wenn nun auch den sonst Jagdberechtigten nicht die Strafe des § 293 trifft, so ist doch in Landesgesetzen die Jagdausübung seitens des Jagdberechtigten während der Schonzeit unter Strafe gestellt; so im Preuss. Ges. v. 26. Febr. 70, in den bayr. Jagdpolizeivorschriften etc.

sein eigenes subjektives Recht in strafbarer Weise „verletzen"[3]) können? — Schutzobjekt ist — das bestreitet nicht einmal Oppenheim — hier sicher kein fremdes ausschliessliches Okkupationsrecht, sondern, wenn man überhaupt ein spezielles Schutzobjekt angeben will, nur der Fortbestand des Wildes.

§ 13.

Was die Verbrechen gegen sog. Individualrechte oder gegen das sog. „geistige Eigentum" (oben S. 45 N. 11) anbetrifft[1]), so kann man solche (Urheber- und Erfindungs-) Rechte nur so verletzen, dass man Gegenstände herstellt, verkauft u. s. f., zu deren Herstellung und Verwertung lediglich der Erfinder etc. berechtigt ist. (Cf. Oppenheim S. 188, 274 ff.). — Das Recht des Autors ist ein Exklusivrecht, ähnlich dem des Eigentümers an seiner Sache.

Handelt es sich aber beim Schutz der Individualrechte um einen (ausschliesslichen) Vermögensschutz? — Die Individualrechte — sagt einmal v. Liszt in seinem Lehrbuch — bilden das Mittelglied zwischen den reinen Vermögensrechten und den rein immateriellen Rechtsgütern. Mit ersteren haben sie gemein nicht nur die Abschätzbarkeit in Geld, sondern vor allem die Ausbildung zu subjektiven Rechten und die Negoziabilität. Aber damit ist ihre Bedeutung noch nicht erschöpft: es ist die sich bethätigende Persönlichkeit selbst, die schaffende Individualität, die in ihnen geschützt wird[2])[3]). Durch die Übertragbarkeit und die Möglichkeit einer, wenn auch ungenügenden Abschätzung in Geld — bemerkt v. Liszt in seiner Zeitschrift VIII. S. 150 — nähern sich die Individualrechte den Vermögensrechten, ohne ganz mit ihnen zusammenzufallen. Darum werden in den meisten Lehrbüchern und

---

[3]) Ob er es „missbrauchen" kann, kommt hier nicht in Frage.

[1]) Vgl. hierüber die betr. Abschnitte in den Lehr- bezw. Handbüchern des Strafrechts, namentlich auch O. Dambach bei Holtzd. a. a. O. IV. S. 476 ff. § 4; III. S. 1021 ff. [Litt. bereits S. 41 ff. N. 1 dsr. Abhdlg. angeführt].

[2]) Bei den Individualrechten ist die individuelle Beschaffenheit (Originalität) des Resultats der Bethätigung Voraussetzung des Rechtsschutzes. [Auch der Markenschutz gehört natürlich hierher].

[3]) Vgl. aus neuerer Zeit: A. Osterrieth, Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht. Lpz. 92 [darüber: Stenglein, im Gerichtss. 47 (1892) S. 79 No. 3]; F. v. Calker, Die Delikte geg. d. Urheberrecht, 1894, [dazu: P. Daude, i. Jurist. Litt.-Bl. 1895 S. 134]; J. Kohler, Autorrechtl. Studien, i. Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 85 (1896) 3. Heft; v. Freydorff, Autorrecht und Rechtssystem, Mannheim [hierüber: Beil z. Allg. Zeitg. No. 95 v. 24. Apr. 1896 S. 6].

Lehrvorträgen die Delikte gegen Individualrechte nicht unter denen gegen das Vermögen, sondern neben diesen, sei es in einem besonderen Abschnitt oder mit andern zusammen (so z. B. bei H. Meyer) behandelt[4]).

M. E. dürfte Folgendes das Richtige treffen.

Das Urheberrecht will nicht bloss die vermögensrechtlichen Interessen oder schlechthin das wirtschaftliche Vermögen nach gewissen Richtungen hin, sondern in einigen Fällen daneben auch die persönlichen, individuellen und immateriellen Interessen des Autors schützen. Letzteres trifft aber nur zu in Betreff der Schriftwerke, wissenschaftlichen Abbildungen, Kompositionen, dramatischen Werke und Werke der bildenden Künste (Ges. v. 11. Juni 1870 und 9. Januar 1876). Alle übrigen hier einschlagenden Gesetzesbestimmungen bezwecken bloss den Schutz von Vermögensinteressen der Gewerbetreibenden etc. und enthalten sonach wirkliche Vermögensdelikte. Die Ansicht dürfte ausserdem ihre Bestätigung in der Thatsache finden, dass die verschiedenen Muster-, Patent- etc. Schutzgesetze älteren und jüngeren Datums dem richterlichen Ermessen anheimstellen, dem Verletzten eine Busse zur Entschädigung zuzusprechen. — Insoweit geht aus dem Gesagten, namentlich mit Rücksicht auf den heute feststehenden juristischen Charakter der Busse, die Vermögensdeliktsqualität betreffender Handlungen und die Schutzobjektseigenschaft des wirtschaftlichen Vermögens auch in diesen Fällen der Verletzung fremder Individualrechte m. E. klar hervor.

Ein weiteres Eingehen auf diesen Gegenstand dürfte überflüssig erscheinen. —

§ 14.

Als Verbrechen gegen obligatorische Rechte oder Pflichten [1]) betrachtet man die sog. Untreue, das Entlaufen der Schiffsleute mit der Heuer, die Vereitlung der Zwangsvollstreckung und die

---

[4]) Vgl. auch Gareis, Grundriss zu Vorlesungen über d. dtsche. bürgerl. Recht 1877 §§ 40 ff. Von Gareis werden die Invidualrechte (bezw. die Delikte gegen solche) zu den „Rechten an immateriellen Gütern" (bezw. Delikten gegen solche) gerechnet. Zu den immateriellen Gütern [im Gegensatz zu materiellen Sachen] bezw. zu dem immateriellen Sachenrecht werden aber die verschiedenartigsten Dinge gezählt: z. B. Patentrecht, Geschlechtsehre des Weibes u. s. f. Ich glaube, dass wohl jeder mit Liszt, Zeitschr. VIII. S. 147, übereinstimmt: „Schon diese bunte Zusammenwürflung weist auf einen methodischen Fehler hin." —

[1]) Die Erfüllung der obligatorischen Rechten entsprechenden Pflichten ist in den meisten Fällen nicht durch Strafdrohungen gesichert. Nur wenige Fälle dieser Art hat R.Str.G.B. unter Strafe gestellt: Oppenheim S. 287; cf. oben S. 16 N. 4.

Bankrottverbrechen [2]). Schutzobjekt sollen in allen diesen Fällen ganz bestimmte obligatorische (Forderungs-) Rechte oder die diesen entsprechenden Pflichten sein [3]) [4]). Da frage ich: Haben denn in diesem Sinne gewisse Fälle des Diebstahls (Gesindediebstahl und dgl.), die meisten Fälle der einfachen Unterschlagung, sämtliche Fälle der qualifizierten Unterschlagung (Veruntreuung), sämtliche Fälle der §§ 289, 290, 300 etc. nicht auch eine Verletzung obligatorischer Rechte bezw. Pflichten zu ihrem Gegenstand? Oder ist es keine Verletzung einer obligatorischen Pflicht, wenn der Depositar, Kommodatar etc. die anvertraute Sache unterschlägt, der öffentl. Pfandleiher die von ihm „in Pfand genommenen Gegenstände" unbefugt in Gebrauch nimmt? Und trotzdem bezeichnet man den Diebstahl, die Unterschlagung und die hiermit verwandten Fälle als Angriffe auf fremde dingliche Rechte.

Umgekehrt: Können denn nicht in Fällen der Untreue z. B. auch dingliche Rechte in Frage kommen? —

Ferner scheint mir folgende Erwägung dafür massgebend zu sein, dass man in den sog. Verbrechen gegen obligatorische Rechte oder Pflichten keinen in sich geschlossenen Kreis einer speziellen Gattung von Vermögensdelikten erblicken dürfe.

Da die Vorstellung eines schutzbedürftigen Zustands, der Schutzbedürftigkeit eines Rechtsguts, logisch stets dem Verletzungsverbot vorausgeht, können die Rechtspflichten, die natürlicherweise immer nur der Schutzobjekte, der Rechtsgüter, wegen aufgestellt werden, primäre Bedeutung nicht besitzen und daher schon a priori keine Schutzobjekte sein.

---

[2]) Vgl. K. Neumeyer, Hist. und dogmat. Darstellung des strafb. Bankerotts. Gekr. Preisschr. München 1891. S 119 N. 1 (gegen Liszt, Merkel u. a.).

[3]) So Oppenheim S. 287 ff. § 42 etc.; dagegen mit Recht: Oetker l. c., Jur. Litt.-Bl. 1895 S. 13 unten, 14.

[4]) Hiernach erscheint als Schutzobjekt des § 266 No. 2 die aus dem Mandat für den Mandatar gegenüber dem Mandanten fliessende Pflicht, als Schutzobjekt der No. 1 u. 3 gleichfalls bestimmte Pflichten, bei § 298 die aus dem Heuervertrag für den Schiffsmann entstandene Pflicht, im Fall des § 288 das Forderungsrecht derjenigen Person, in dessen Interesse bezw. in deren Interesse die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, der §§ 209, 210 K.O. die Gesamtheit der obligatorischen Rechte, welche den Konkursgläubigern an den Konkursiten zustehen, ebenso bei § 212 ib., im Fall des § 211 die Gesamtheit der obligatorischen Rechte der übrigen Gläubiger, deren rechtmässige Erfüllung im Konkursverfahren durch das Verbrechen vereitelt oder nur partiell ermöglicht wird, ebenso im Fall des § 213 die Gesamtheit der obligatorischen Rechte der übrigen Gläubiger. Letzteres Verbrechen enthält jedoch reinen Ungehorsam, da durchaus nicht jeder Fall *desselben eine* Verletzung oder Gefährdung des genannten Schutzobjekts mit sich bringt.

Allein es soll nicht geleugnet werden, dass z. B. bei der Untreue die Verletzung des persönlichen Vertrauens, der Treubruch für die Bestrafung seinerzeit vielleicht massgebend war[5]). Aber dieselbe Verletzung persönlichen Vertrauens etc. kann — wie gesagt — auch bei andern Delikten vorkommen (z. B. bei der Veruntreuung des § 246 insbesondre). M. a. W. die besondre Pflicht der in § 266 genannten Personen mag das Motiv der seinerzeit erfolgten Kriminalisierung betreffender Handlungen vornehmlich gewesen sein, und der mit der Verletzung dieser Pflichten zusammenhängende Vertrauensbruch mag den Gesetzgeber bei Festsetzung der Strafen in erster Linie geleitet haben (sowie bei der Qualifikation der Unterschlagung). Aber als Angriffsobjekt kann man unmöglich jene Pflichten bezeichnen oder wenigstens nicht in erster Linie erwähnen (den Charakter sekundärer Schutzobjekte will ich ihnen nicht abstreiten), wenn man die einzelnen Fälle der unter dem Sammelbegriff „Untreue" zusammengefassten Verbrechen des § 266 von andern Delikten scharf unterscheiden will. Die Pflichtverletzung, die auch bei andern Verbrechen vorkommt, ist sonach nicht der wesentliche Faktor, der nur der Untreue etc. eigen ist und sie namentlich in § 266 No. 2 von der Veruntreuung scheidet. Vielmehr ist — wie Merkel, Lehrb. § 126 S. 330 (cf. in Holtzd. Hdb. III. S. 781 ff. § 13), definiert — Untreue „die vorsätzliche Verletzung fremder Vermögensinteressen [sc.=Beschädigung fremden Vermögens] durch bestimmte mit der Wahrung dieser Interessen betraute Personen". Während aber § 266,2 an die Veruntreuung des § 246 erinnert, indem hier die Verpflichtung zu besondrer Treue lediglich aus Privatrechtsverhältnissen entspringt, bezieht sich in Ziff. 1 und 3 die Strafbestimmung auf solche Personen, „welche mit einem öffentlichen Charakter bekleidet sind oder wenigstens unter öffentlicher Autorität wirken" (Hälschner l. c. S. 301) und erinnert eher an Amtsdelikte oder den Fall des Vertrauensmissbrauchs in § 290. H. Meyer behandelt daher neuestens sämtliche Fälle des § 266 nicht mehr unter den Vermögensdelikten [6]).

Ferner wollte man in § 298 weiter nichts als die Verletzung

[5]) Über die Untreue vgl. u. a. Hälschner II. 1 S. 391 ff. §§ 114—116. — Ergänzt werden die Bestimmungen des St.G.B. über die Untreue durch Vorschriften in Nebengesetzen: Krankenversicherungsges. v. 1883 § 42, Unfallversicherungsges. v. 1884 § 26, Ges. betr. die Alters- und Invaliditätsversicherung v. 1889 § 59, Ges. über die eingeschrieb. Hilfskassen v. 1876 bezw. 1884 § 34, Aktienges. v. 1884 Art. 249, Genossenschaftsges. v. 1889 § 140.

[6]) Einem besondern Gesichtspunkte unterliegt die Untreue mit Beziehung auf Staatsgeschäfte (§ 92), sowie die sog. Prävarikation von Rechtsanwälten (§ 356).

der obligatorischen Pflicht des Schiffsmanns pönalisieren, so liesse sich kein Grund für die Thatsache anführen, dass § 298 cit. expressis verbis des Entlaufens „**mit** der Heuer“ gedenkt; denn eine Pflichtverletzung des Schiffsmanns selbst mit den nachteiligsten vermögensrechtlichen Folgen für den Schiffsherrn etc. lässt sich auch in andrer Weise denken. Wenn der Schiffsmann aber ohne Heuer dem übernommenen Dienste vertragsbrüchig sich entzieht, so ist nicht nach § 298 cit., sondern nach § 81 Abs. 1, 2 der Seemannsordnung zu strafen. Ebenso ist § 298 Str.G.B. durch § 83 der Seemannsordnung ausgeschlossen, wenn der Schiffsmann, der sich im Besitz der vorschussweise erhaltenen Heuer befindet, sich dem übernommenen Dienste in solchen Fällen entzieht, in denen er nach §§ 61—64 der Seemannsordnung seine Entlassung fordern durfte, sofern er ohne die erforderliche Genehmigung des Seemannsamtes handelte [7]).

Aus diesen und ähnlichen Erwägungen kann ich mich nicht entschliessen, die sog. Verbrechen gegen obligatorische Rechte oder Pflichten als selbständige Gruppe innerhalb der Vermögensdelikte anzuerkennen. Vielmehr ist der Umstand einer Pflichtverletzung m. E. unwesentlich und (wenn auch nicht für die ethische Beurteilung einer Handlung, so doch) für die Frage nach dem angegriffenen Objekt betreffender Delikte irrelevant — und zwar schon deswegen, weil eine ebensolche Verletzung obligatorischer Rechte und Pflichten nicht bloss bei den andern Vermögensverbrechen schliesslich vorkommen kann, sondern bei gewissen Vermögensdelikten stets vorliegen muss, die man trotzdem unter die Kategorie der Verbrechen gegen obligatorische Pflichten (oder Forderungsrechte) nicht einreiht und bei Vermeidung der Verwirrung des Systems auch nicht einreihen könnte. Man denke nur, dass man die qualifizierte Unterschlagung vollständig von der einfachen trennen müsste! — M. a. W.: Die Angriffe auf das Vermögen können freilich zugleich eine Verletzung obligatorischer Verbindlichkeiten enthalten; überall aber, wo die Verletzung einer aus einem Vertrag oder aus vertragsähnlichen Verhältnissen entspringenden Pflicht mit unterläuft, ist ein Angriff auf das Vermögen gegeben. Die Pflichtverletzung hat sogar diesen Angriff zur Voraussetzung, nicht umgekehrt.

---

[7]) Cf. Hälschner l. c. S. 398 oben; Oppenhoff zu § 298 cit. u. a. m. S. auch H.G.B. Art. 547. — Damme, Kleine Beiträge: V. Der Bruch des Heuervertrags nach dem R.St.G.B. und nach der Seemannsordnung, Gerichtss. 46. Bd. (1892) S. 310 ff. [hierüber v. Lilienthal, Zeitschr. XIII. S. 101 No. 13].

§ 15.

Endlich spricht man noch von einer letzten Gruppe der Vermögensdelikte, den Verbrechen gegen das Vermögen überhaupt oder gegen das Vermögen im ökonomischen Sinn, worunter man in der Regel den Betrug, die Erpressung, die Ausbeutung Minderjähriger, den Wucher, die unerlaubte Veranstaltung von Lotterien, das Glücksspiel, die Gefährdung eines Schiffes durch Kontrebande und einige durch Nebengesetze[1]) unter Strafdrohung gestellte Handlungen zusammenfasst. (Cf. Oppenheim S. 278 ff.)

Das Schutzobjekt aller dieser Verbrechen ist nach Oppenheim das Vermögen als „Inbegriff aller Vermögensrechte"[2]). Zum Schutz dieses Vermögens stelle die Rechtsordnung Strafdrohungen zweifach verschiedener Art auf: solche, welche das Vermögen als Ganzes im Auge haben, so dass es gleichgiltig sei, auf welches spezielle Vermögensrecht der Angriff erfolge; ferner solche, welche einzelne bestimmte obligatorische Rechte bzw. diesen entsprechende Pflichten verletzen. Hier kommen nur diejenigen Verbrechen in Betracht, bei denen das Vermögen als Ganzes das Schutzobjekt sei.

„Das Vermögen — als der Inbegriff aller Vermögensrechte — [sagt Oppenheim S. 188 f.] kann entweder nur so verletzt werden, dass der Inhaber desselben oder der zur Verfügung über dasselbe Berechtigte durch Täuschung (Betrug) oder Gewalt bezw. Drohung (Erpressung) oder Übervorteilung (Ausbeutung Minderjähriger und Wucher)

---

[1]) So z. B. die Delikte des § 40 Patentges. v. 7. Apr. 1891, welche mit dem Betrug insoweit übereinstimmen, als sie gleichfalls täuschende Handlungen enthalten, wodurch Gegenständen, welche den Patentschutz nicht geniessen, der Anschein eines solchen Schutzes gegeben wird. Was man als das Schutzobjekt dieser Verbrechen zu bezeichnen hat, hängt (nach Oppenheim) von der Auffassung ihres Wesens ab. Sie sind aber wohl hauptsächlich deswegen kriminalisiert, damit nicht das Publikum eventuell zum Ankauf der Gegenstände verlockt wird; daher kann man das Vermögen der Kauflustigen als das Schutzobjekt bezeichnen. Auf der andern Seite aber war diese Strafdrohung nötig, um dem Patent seinen Wert zu erhalten, so dass nicht jeder durch täuschende Bezeichnungen seinen industriellen Erzeugnissen das Ansehen patentierter Gegenstände geben kann und man so schliesslich bloss noch — sei es angeblich oder thatsächlich — patentierte Gegenstände zu Gesicht bekäme. Hiernach ist auch das sog. „geistige Eigentum", das Patentrecht selbst aller derjenigen, welche auf derartige Sachen wirklich ein Patentrecht erhalten haben, sekundäres Schutzobjekt; — also Vermögensschutz nach zwei Richtungen! — Desgl. R.Ges. v. 27. Mai 96 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes [in Kraft seit 1. Juli 96].

[2]) Nach Birkmeyer und andern als Inbegriff aller Vermögenswerte, also im ökonomischen Sinn.

zur eigenen Minderung des Vermögens veranlasst wird, oder auf andre Weise, bei welcher das Vermögen selbst als das Schutzobjekt von einem andern Objekt als Handlungsobjekt zu unterscheiden ist.“ Also m. a. W.: auch hierbei soll es sich nach Oppenheim um Verletzung subjektiver Rechte, der Vermögensrechte eines Subjekts im Ganzen, handeln.

Aber bei einzelnen der vorhin genannten Delikte leuchtet es, wie wir sehen werden, in der That ein, dass sie Handlungen, Veränderungen enthalten bezw. nur aus solchen bestehen, die auch nicht im mindesten irgend welche subjekte Rechte „verletzen“, ihnen zuwiderlaufen, die also nach jener Theorie der Verletzung subjektiver Rechte gar nicht Objekt des Strafrechts sein könnten, deren Straflosigkeit aber als allgemeines Übel empfunden würde. Im Auge habe ich die strafbare Vermögensausbeutung und den Wucher; desgleichen das Glücksspiel und Lotteriehalten. Die strafbare Handlung erscheint hier als eine solche, welche durchaus kein subjektives Recht verletzt, sondern sich sogar in die Formen des formalen Rechts einkleidet. Aber eine Beschädigung des Vermögens eines andern ist insofern gegeben, als dieser zu einer Disposition über sein Vermögen veranlasst wird, die als unwirtschaftlich erscheint. Auch beim Betrug sind Fälle denkbar, in denen die Auffindung eines Rechts, eines Vermögensrechts, das durch die betr. Handlung als verletzt anzunehmen wäre, schlechterdings unmöglich ist[3]). Oder welches **Recht** soll denn in dem oben S. 18 N. 10 zit. Fall des Abbetrügens einer Kundschaft und dgl. in Wahrheit verletzt sein? Gerade die Theorie, welche wähnte, dass das Strafrecht lediglich Rechte, in concreto: Vermögensrechte, schütze, dass also überall subjektive Rechte das angegriffene Objekt der Verbrechen bilden, — gerade jene Theorie war es, welche zu der sinnlosen Konstruktion des „Rechts auf Wahrheit“ führte, das durch den Betrug angegriffen werde. Und dies that man bloss deswegen, weil man nach einem subjektiven Recht forschte, das die Wissenschaft als Angriffsobjekt des Betrugs verwerten könnte. Möge man endlich von derartigen Anschauungen, die nichts als Verwirrung in unsre Wissenschaft gebracht haben und notwendig solche bringen müssen, sich lossagen!

Ein nicht zu unterschätzender Fortschritt ist es schon, wenn man die Vermögensdelikte nicht schlechterdings als Angriffe bloss auf Vermögensrechte kennzeichnet und endlich davon ablässt, als Objekt der Vermögensdelikte Vermögensrechte zu suchen, wo keine zu finden sind.

[3]) Namentlich Fälle des lucrum cessans und ähnliche mehr.

So spricht denn ausser H. Meyer l. c. S. 531 (oben S. 43 N. 2 zit.) u. andern auch Hälschner l. c. II. 1 S. 427 den richtigen Gedanken aus: „Das Gesetz gewährt einen strafrechtlichen Schutz nicht nur dem Vermögensrechte gegen rechtswidrige Gefährdung und Beschädigung des Vermögens[4]), sondern auch dem Vermögensinteresse in Fällen, in denen eine Gefährdung, Verletzung des formalen Rechtes nicht vorliegt.“

Die Vermögensdelikte als Bereicherungs- oder Nichtbereicherungs-Verbrechen.

§ 16.

Endlich habe ich noch einen wichtigen, m. E. den natürlichsten Einteilungsgrund der Vermögensdelikte zu erwähnen. Eine Gruppe nämlich stellt sich in ethisch-rechtlicher Beziehung lediglich als rechtswidrige Beschädigung fremden Vermögens oder als blosse Gefährdung fremder Vermögensinteressen dar; anderen Arten der Vermögensdelikte — und das sind die praktisch häufigsten — ist eine Richtung auf rechtswidrige Bereicherung zum Nachteil Dritter bezw. auf rechtswidrige Zueignung fremden Gutes wesentlich. So unterscheiden sich Diebstahl, Unterschlagung u. s. w. von der blossen Vermögensschädigung, speziell der Sachbeschädigung, durch das Hinzutreten einer im Gesetz formulierten „Absicht“ (=Zweck) der rechtswidrigen Zueignung. (Vgl. §§ 242 ff. mit §§ 303 ff.) Das Hinzukommen einer derartigen Bereicherungsabsicht bildet ein Qualifikationsmoment bei der Untreue (cf. § 266 Schluss), bei anderen Verbrechen den Faktor, der sie zu Vermögensdelikten stempelt. (Vgl. §§ 253 ff. mit §§ 234 ff. St.G.B.)[1]).

Die Zweckmässigkeit einer solchen Einteilung der Vermögensdelikte in Bereicherungs- und Nichtbereicherungsdelikte ist ernstlich kaum zu leugnen[2])[3]).

---

[4]) Vgl. dagegen, was derselbe Autor l. c. S. 301 oben betont.

[1]) Günstigere Behandlung des Verbrechens der Absicht halber in § 313,2. Vgl. auch § 349, ferner §§ 133,2, 169, 180, wo wieder das Gegenteil der Fall.

[2]) Nur H. Meyer und wenige andre wollen von dieser Einteilung nichts wissen. Meyer sagt in seinem Lehrb. S. 532 sub Ziff. 5, die Einteilung sei in doppeltem Sinne unrichtig, „nämlich sowohl, wenn unter Bereicherung pekuniäre Bereicherung verstanden wird, wie wenn man die Erlangung eines einzelnen Vermögensvorteils als hinreichend

Sehr treffend äussert sich Lueder l. c. S. 143 über das grundverschiedene Wesen der eigennützigen Vermögensverbrechen und der blossen Vermögensverletzungen. In gleichem Sinn hebt derselbe Schriftsteller a. a. O. S. 44 die strafrechtliche Bedeutung des animus lucri, durch Benachteiligung eines andern sich unredlich zu bereichern, hervor, welcher dem Diebstahl etc. sein ihm eigentümliches Gepräge gibt und andern Vermögensverbrechen fehlt.

Ebenso weist mit vollem Recht v. Bar auf den tiefgehenden Unterschied hin, den die Verurteilung z. B. wegen Sachbeschädigung und Diebstahls in der allgemeinen Volksüberzeugung ausmacht.

Darum ist — auch de lege ferenda — die blosse Vermögensbeschädigung milder zu beurteilen und zu strafen als die Bereicherungsverbrechen (cf. Lueder l. c. S. 141 ff.).

A. Übereinstimmendes Moment.

I. Vermögensbeschädigung.

§ 17.

Alle Vermögensdelikte ohne Ausnahme stimmen darin überein, dass sie eine Vermögensverletzung (=beschädigung) oder eine ebensolche Gefährdung enthalten. Die Nichtbereicherungsverbrechen gründen sich bloss auf diesen Thatbestand. Was Vermögen bedeutet, ist bereits

---

ansieht". Welcher Unterschied zwischen „pekuniärer Bereicherung" und „Erlangung eines einzelnen (?) Vermögensvorteils" zu machen ist, sagt er uns vielleicht in der folgenden (6.) Aufl. seines Lehrbuchs. Vorläufig dürfte der von ihm a. a. O. Note 7 angegebene Grund [„Dann stehen nur wenige Delikte (so die Sachbeschädigung) als grosse Masse (?) allen übrigen Vermögensdelikten gegenüber"] wohl niemand zur Aufgabe obiger Einteilung zu bestimmen vermögen.

[3]) Diese Einteilung findet man u. a. schon in den Materialien des Preuss. A.L.R. (Bd. XX. Bl. 199), welche sich dahin ausliessen: Vermögensbeschädigungen müssten nach dem Beweggrund und der Absicht des Thäters eingeteilt werden; diese bestehen entweder in Rache, Bosheit, Schadenfreude oder in Eigennutz und Gewinnsucht; bei den Vermögensbeschädigungen der letzteren Art habe man nach der Art zu unterscheiden, wie sie verübt werden; es werde nämlich entweder direkt und geradezu etwas aus eines andern Eigentum und Vermögen weggenommen — Diebstahl —, oder es werde ihm etwas durch List und Verstellung entzogen und vorenthalten — Betrug u. s. w. (Unmittelbare und mittelbare Eingriffe in die fremde Vermögenssphäre.)

oben festgestellt; hier erübrigt es uns, den Begriff der Vermögensbeschädigung zu bestimmen[1]).

Den Begriff „Vermögensbeschädigung" enthält das R.Str.G.B. bloss in § 263. Aus dieser Thatsache darf man aber nicht folgern, dass eine Beschädigung fremden Vermögens dem Betruge allein eigen sei. Vielmehr involvieren auch die andern Vermögensdelikte eine Beschädigung bezw. eine Gefährdung fremden Vermögens. Der Begriff der Vermögensbeschädigung ist aber überall der gleiche[2]). Wir verstehen darunter eine Verminderung des oben gekennzeichneten strafrechtlich relevanten Vermögens, eine Verschlechterung der ökonomischen Lage einer Person[3]) [4]). Beschädigt kann das Vermögen werden durch Aus-

---

[1]) Um mich kurz fassen zu können, verweise ich hierzu auf Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 758 ff. § 5, IV. S. 432 f., Hälschner l. c. II. 1 S. 249 ff. § 68, Meyer S. 584 sub Ziff. 6, woselbst überall reichliche Litt. angegeben ist, ferner: Gerichtssaal, Bd. 40 (1887) S. 81 ff. (von M. Stenglein) und Bd. 43 (1890) S. 321 ff., insbes. S. 359 ff., Olshausen Komm. II. § 263 N. 18 ff., Rüdorff-Stenglein ib. N. 4, Oppenhoff eod. N. 13 ff., Schwarze ibid. No. 2 ff.

[2]) Im Gerichtss. 43 a. a. O. S. 437 findet sich der Ausdruck: „Vermögensbeschädigung im juristischen (?) Sinne, im Sinne des § 263". Cf. oben S. 16 N. 3.

[3]) Hälschner l. c.: „Verminderung des Wertes des Vermögens"; er verwirft die Definition: „jede ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage". — Merkel l. c. S. 758: „Das Gesetz (§ 263) verlangt, dass das Vermögen des Verletzten nach Vollendung der That einen geringeren Wert repräsentiere, als es repräsentiert haben würde, wenn die That nicht begangen worden wäre." — Gerichtss. l. c. 43 S. 361: „Die blosse Veränderung in den Bestandteilen des Vermögens ist . . . bloss als solche keine Beschädigung des Vermögens." Beschädigung des Vermögens ist „die Verminderung des Geldwerts des einer bestimmten Person zuständigen Vermögens" (l. c. S. 366). — Die vielfach üblichen Definitionen der Vermögensbeschädigung als „ungünstigere vermögensrechtliche Lage" (Pezold, Strafrechtspraxis I. § 263 N. 1), als „jede ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage", „Verringerung des vorhandenen Vermögens", „Beeinträchtigung eines Vermögensrechts" (?) (Oppenhoff ib. N. 13) werden von Merkel l. c. IV. S. 432 f. nicht gebilligt. (S. auch Waag im Gerichtss. Bd. 31 (1879) S. 242 unten). — Lauterburg l. c. S. 191: „rechtswidrige Verschlechterung des ökonomischen Wertergebnisses der gesamten Vermögenslage".

[4]) Die Worte Meyers a. a. O. S. 531 § 85 (in der 5. Aufl.; 4. Aufl. § 82): „Der Begriff der Vermögensbeschädigung treffe nicht bloss dann zu, wenn das Vermögen in seiner Gesamtheit, sondern schon dann, wenn es in einer einzelnen Beziehung verletzt ist", wogegen sich die meisten Schriftsteller wenden, enthalten einen versteckten Trugschluss. Aus dem Vorhandensein der Beschädigung eines einzelnen Teils des Vermögens darf nicht per saltum auf eine stattgehabte Vermögensbeschädigung (im ganzen) geschlossen werden. (Richtig G.S. 43 S. 425.)

scheidung oder wertmindernde Beschädigung von zum Vermögen gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen, durch Entziehung dinglicher oder obligatorischer Rechte, durch Übernahme von Verbindlichkeiten[5]) und zwar ohne Äquivalent, durch Verlust andrer wirtschaftlicher Vorteile, wie solche oben S. 18 exemplifikativ aufgezählt sind als Bestandteile des ökonomischen Vermögens[6]), durch Nichterlangung oder Nichtrealisierung einer Sache oder Forderung, sowie überhaupt durch Vornahme einer benachteiligenden[7]) oder Nichtvornahme einer gewinnbringenden Handlung (lucrum cessans), ohne dass der Beschädigte ein Recht auf den Gewinn bezw. die Vornahme

---

[5]) L. 28 D. de neg. gest. 3,5 (bei Mommsen l. 27): „. . . id ei (debitori) abesse videtur, in quo obligatus est." (Javolenus). — So auch die durchaus herrschende Meinung und Praxis. Cf. Gerichtss. l. c. S. 365: „Diese Verschlimmerung kommt jedoch nicht durch Ausscheidung eines bis dahin vorhandenen Vermögensstücks zustande . . . Was der Schuldner durch die übernommene Verbindlichkeit verloren hat, id quod ei abest: wie die zit. L. 28 sagt, ist lediglich die abstrakte durch die einem andern eingeräumte Forderung repräsentierte Wertsumme, und der ihm hierdurch entstandene Schaden an seinem Vermögen lässt sich . . . zum Ausdruck bringen . . . nur durch Abzug von dem Gesamtwerte, den das Vermögen vorher gehabt hat."

[6]) Ich habe darunter an zit. Stelle den blossen Besitz genannt, von dem ich sagte, dass er Vermögenswert haben kann. Wenn daher Hälschner a. a. O. II. 1 S. 269 den Fall anführt, nicht einmal eine sog. Idealkonkurrenz von Betrug und Unterschlagung könne in einem Falle, wo der Täuschende sich bloss den Besitz einer Sache übertragen lässt in der Absicht, dieselbe zu unterschlagen, angenommen werden, da bei einer betrüglichen Erlangung der Detention einer Sache die zum Betrug erforderliche Vermögensbeschädigung noch mangele und erst mit der nachfolgenden Unterschlagung eintrete, — so kann ich die Entscheidung nicht für unbedingt richtig halten. Denn in der Erwägung, dass schon der Besitz der Sache Vermögenswert repräsentieren kann (nicht muss), dieser (thatsächliche) Besitz als Vermögenswert aber nun dem Vermögen des Betrogenen fehlt, halte ich dafür, dass die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorhanden, thatsächlicher Feststellung bedürfte.

[7]) Eine Beschädigung des Vermögens findet dagegen nicht statt, wenn der Thäter einen andern, den Vermögensinhaber (z. B. den Getäuschten), bestimmt, einer rechtlichen Verbindlichkeit zu genügen (Oppenhoff § 263 N. 27, Hälschner l. c. S. 250 N. 1). — Die Vermögensbeschädigung braucht keine dauernde (nicht mehr gut zu machende) zu sein; sie kann schon in einer vorübergehenden Verschlechterung der Vermögenslage vorliegen, z. B. der Hingabe eines Darlehns; cf. Oppenhoff ib. N. 2 i. f., 13 ff., 25; neueste Entsch. des Oberlandesger. München v. 16. März 1895 in d. Sammlg. der Entsch. ds. Gerichts in Gegenständen ds. Strafr. und Strafproz. VIII. S. 264 f.

einer solchen Handlung zu haben braucht. (R.G.E. v. 7. Dez. 81; Rechtspr. III. S. 772)[8]). Hiermit ziehen wir eine naheliegende Konsequenz aus unsrer oben näher gekennzeichneten Definition des strafrechtl. relevanten „Vermögens“, welches sich keineswegs mit dem juristischen Vermögen deckt.

Die Juristen, von einem ganz anderen Vermögensbegriff ausgehend als die Nationalökonomen, stellen einen Begriff der Vermögensminderung auf, der sich von dem der wirtschaftlichen Vermögensschädigung stark abhebt und wesentlich differenziert, indem jene rein faktische und juristische Hindernisse der Verfügbarkeit über die Vermögensbestandteile scharf auseinander halten. Dem Nationalökonomen — und darin stimmt mit ihm die Ansicht des täglichen Verkehrs überein — vermindern rein faktische Hindernisse der freien Verfügung das Vermögen, wie derselbe z. B. eine gestohlene etc. Sache, obwohl sie dem Eigentümer u. dgl. nur faktisch fehlt — die Römer sagen: res furtiva abest furtum passo; est apud furem —, nicht mehr ins Vermögen des Bestohlenen rechnen wird, oder wie z. B. Schäffle, Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirtschaft, 2. Aufl. § 14 S. 46 erklärt, ein ins Meer versunkener Edelstein sei kein Gut mehr. [Birkmeyer, Vermögen S. 333 N. 742.]

Haben wir schon an anderer Stelle (cf. S. 16) die Identität des strafrechtlich und des durch zivilrechtlichen Entschädigungszwang geschützten Vermögens hervorgehoben, so können wir auch hier wieder — wie noch so manchmal im Laufe dieser Erörterungen (z. B. bezüglich des Begriffes der Bereicherung u. s. w.) — auf das enge Verhältnis von Strafrecht zu Civilrecht hinweisen: Der strafrechtliche Begriff der Vermögensbeschädigung stimmt nämlich mit einem dem Privatrecht sehr geläufigen Begriff überein, mit dem des „Interesses“. (Cf. Gerichtss. Bd. 43 S. 391 ff.) In der That ist denn auch die Vermögensbeschädigung z. B. beim Betrug nichts anderes als das vermögensrechtliche Interesse des Getäuschten daran, nicht getäuscht etc. worden zu sein: „quanti interest decepti, deceptum se non esse“. Als Vermögensbeschädigung im Strafrecht ist — heisst es im Gerichtss. l. c. S. 392 oben — alles das zu bezeichnen, „wegen dessen

---

[8]) A. M.: Hälschner l. c. S. 257 Note 1; Olshausen II. § 263 N. 21; R.G.E. III. v. 12. Okt. 85 [Entsch. XIII. S. 8]. — **Für die obige Ansicht die gemeine Meinung, u. a. Meyer a. a. O. S. 584 N. 38. [Vgl. auch Sjögren l. c. in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 395 ff.]**

der Getäuschte mit der actio doli Ersatz zu fordern berechtigt sein würde".

Bei Feststellung[9]) der Thatsache sowie der Grösse einer Vermögensbeschädigung gilt in den beiden Rechtsdisziplinen des Civil- und Kriminalrechts, die, wie erwähnt, (auch) in diesem Punkt innerlich zusammenhängen, der Grundsatz individueller Behandlung der Schadensfrage, d. h. massgebend ist der individuelle Wert = pretium singulare (nicht = „subjektiver" oder Affektionswert) im Gegensatz zum pretium commune.

Zu den verschiedenen Wertarten[10]) gibt meines Dafürhaltens § 78 des sächs. bürgerl. G.B. die kürzeste und klarste Definition: „Unter dem ordentlichen Werte einer Sache ist der Geldwert zu verstehen, welchen dieselbe im gemeinen Verkehr hat. Wird bei dem Werte einer Sache auf den Nutzen gesehen, welchen dieselbe für den Berechtigten nach seinen besonderen Verhältnissen oder wegen ihrer Beziehung zu anderen Sachen hat, so ist dies der ausserordentliche Wert. Die blosse Vorliebe des Berechtigten für die Sache kommt nicht in Betracht."[11]) — Für das preuss. Recht gibt

---

[9]) Diese wird prozessual geregelt: Z.P.O. § 260.

[10]) Cf. Gerichtss. 43 S. 394 ff., 408 f.

[11]) Die blosse Affektion und der Affektionswert (= subjektiver im Gegensatz zum sog. objektiven Wert) scheiden bei der Erörterung, ob eine Vermögensbeschädigung zugefügt worden sei, aus; denn bei ihnen handelt es sich nicht um einen Vermögenswert, sondern um durchaus subjektive Stimmungen, Neigungen und Gefühle, um einen Stimmungs- oder Gefühlswert. „Aber es muss zugegeben werden, dass die Grenzen hier fliessende sind und dem verständigen Ermessen des Richters Raum gewähren." Gerichtss. 43 S. 378. — Neuerdings sucht Rotering, Die Sachbeschädigung, i. Gerichtss. 47 (1892) S. 211 ff. [vgl. hierüber v. Lilienthal i. d. Zeitschr. etc. XIII. (1893) S. 595 No. 13] dem Affektionswert strafrechtliche Berücksichtigung zu vindizieren, indem er ausführt, Gegenstand der Sachbeschädigung sei eine Sache nicht mit Rücksicht auf ihren Vermögens-, sondern deren Gebrauchs-, Tausch- und Affektionswert. „Nicht als der Gegensatz des Gebrauchswerts, sondern als eine Art (!) desselben erscheint der Affektionswert" (l. c. S. 212). Insoweit Rotering die individuelle Behandlung der Wertfrage hervorkehrt, bin ich einverstanden; nicht dagegen bezüglich des Affektionswerts und namentlich des Umstands, dass der Begriff des Vermögenswerts dem Gebrauchs- und Tauschwert gegenüber etwas Fremdes sei. Vielmehr umfasst der Vermögenswert den Gebrauchs- und Tauschwert. In dieser Hinsicht lässt Rotering bloss das Wort „Vermögenswert" fallen, sachlich bringt er nichts Neues; und was den Affektionswert angeht, so will er kaum etwas mehr als die rein individuelle Behandlung der Wertfrage betonen, sodass seine Ansicht von der unsrigen nicht einmal sehr abweicht, sondern sogar (indem er für das Objekt der Beschädigung, die „Sache", überhaupt einen „Wert" postuliert) sich derselben *eher nähert.* (Das Weitere unten.)

das in den Entsch. des R.G. in Civils. Bd. III. S. 240 abgedruckte Urteil folgende Auseinandersetzung: „Das allgemeine Landrecht bezeichnet als Wert einer Sache den Nutzen, welchen sie ihrem Besitzer gewähren kann, und zwar als gemeinen Wert denjenigen, welchen sie jedem Besitzer, als ausserordentlichen den, welchen sie nur unter gewissen Bedingungen und Verhältnissen, d. h. nicht jedem, sondern nur einem bestimmten Besitzer, mit Rücksicht auf subjektive Verhältnisse oder besondere Bedingungen zu leisten imstande ist (Allgemeines Landr. Teil I. Titel 2 §§ 111, 112, 114; Entsch. des Ob.-Trib. LXXIII S. 152); den gemeinen Wert einer Sache bildet darnach der übliche oder angemessene Preis derselben, pretium oder verum rei pretium, bei Waren der Markt- oder Ladenpreis (Allg. Landr. Teil I. Tit. 6 § 83), und bei anderen Sachen dementsprechend der mit Rücksicht auf ihre objektive Beschaffenheit im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für gleichartige Sachen zu erzielende, nötigenfalls durch das Gutachten Sachverständiger zu ermittelnde Preis (Allg. Landr. Teil I. Tit. 6 § 84). . . . Anders verhält es sich mit dem ausserordentlichen Werte, derselbe ist identisch mit dem Interesse; die Forderung des ausserordentlichen Wertes ist der Anspruch auf Ersatz der Nachteile, welche einem bestimmten Eigentümer (muss denn das nun gerade ein Eigentümer sein? lies Besitzer!) wegen seiner besonderen Verhältnisse erwachsen sind; bei der Feststellung dieser Nachteile ist die Zeit ihrer Entstehung und ihrer Dauer zu berücksichtigen."

„Bei der Schätzung des Wertes (sc. einer gestohlenen etc. Sache) — hebt sonach Hälschner l. c. S. 313 zu Note 3 ganz richtig hervor — wird nicht nur der gemeine Wert der Sache, sondern auch der die Grösse der Beschädigung bestimmende besondere Wert, den sie für den Bestohlenen hatte, in Betracht zu ziehen sein." (Ebenso Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 670). Die Frage, ob durch betrügliche Irrtumserregung eine Vermögensbeschädigung herbeigeführt worden sei, ist — wie es im Gerichtss. Bd. 43 S. 367 zu Note 1 heisst — „streng individuell aus dem Standpunkt des Vermögens gerade der bestimmten getäuschten [l. geschädigten] Person" zu beantworten. Denn der wirkliche Schaden z. B. im Falle des Verlustes einer Sache kann grösser sein, als der durch die blosse Entziehung des entsprechenden, d. h. dem allgemeinen Tausch- oder Verkehrswert der Sache entsprechenden, Geldäquivalents verursachte Vermögensnachteil. (Vgl. hierzu auch Ullmann, Dolus beim Diebstahl l. c. S. 86).

II. Vermögensgefährdung.

§ 18.

Nicht alle strafbaren Angriffe auf vermögensrechtl. Interessen verlangen in ihrem Thatbestand zur Annahme eines vollendeten (im Gegensatz zum versuchten) Verbrechens eine wirklich eingetretene, rechnerisch nachweisbare Schädigung fremden Vermögens. Man denke an den Betrug des § 263 R.St.G.B. im Zusammenhalt mit der Erpressung des § 253! — Dagegen ein (vermögensrechtl.) Interesse ist stets auch da verletzt, wo der strafbare Angriff auf das vom Recht garantierte Gut eine materielle Schädigung desselben noch nicht bewirkt hat [1]).

In solchen Fällen [2]) hat die Frage nach der Vermögensbeschädigung dahin zu lauten, ob eine solche eingetreten wäre, wenn der Thäter den beabsichtigten Erfolg seiner Handlung

---

[1]) Würde eine solche Verletzung des rechtlich garantierten Interesses nicht vorliegen, so wäre auch von einer strafbaren Handlung keine Rede. Um ein krasses Beispiel zu wählen, so ist allein durch die Drohung, einem andern einen Vermögensschaden zuzufügen, schon ein vermögensrechtliches Interesse des Bedrohten unter Umständen sehr bedeutend verletzt, nämlich das Interesse an einem ruhigen, ungestörten Besitz und Genuss des Vermögens, der zur menschlichen Befriedigung dienenden wirtschaftlichen Güter. An sich stünde also nichts im Wege, die Drohung mit einer einem andern zuzufügenden wirtschaftlichen „Ruinierung" oder nur Vermögensschädigung — von §§ 240 f. abgesehen — als spezielles Vermögensdelikt unter Strafe zu stellen: Was hier vorliegen muss, liegt vor: nämlich Verletzung eines rechtlich anerkannten Interesses. Dagegen v. Liszt in der Zeitschr. VIII. a. a. O.: Wollte man bei jeder strafbaren Handlung die Verletzung des Interesses fordern, für welches die Norm gegeben ist, so müsste in unvermeidlicher Konsequenz der Nachweis zugelassen werden, dass die Handlung dem Interesse nicht zuwiderläuft. Als allgemeines Merkmal strafbarer Handlungen erscheine daher lediglich der Ungehorsam gegen die Norm; ein andres, welches allen Arten des Unrechts gemeinsam wäre, gebe es nicht. [Ebenso A. Finger]. — Damit würde man aber wiederum zu der einseitig formalistischen Auffassung der Normentheorie Bindings gelangen, der noch neuerdings in der 2. Aufl. seiner „Normen" I. S. 295 als allgemeines Objekt des Delikts weiter nichts als das Recht des Staates auf Botmässigkeit ansieht. Gegen die m. E. unrichtige Annahme der Anhänger der Normentheorie, dass in allen Fällen nur die schuldhafte Übertretung einer rechtlichen Vorschrift oder Norm unter Strafe gestellt sei etc., haben sich u. a. die bei H. Meyer, Lehrb. S. 25 N. 17 Zitierten erklärt; darunter auch v. Liszt, Zeitschr. VI. a. a. O., insbes. S. 672 ff.; ferner E. Ullmann i. Grünhut's Zeitschr. XIV. (1887) S. 616 oben.

[2]) Wo das Vermögen nicht notwendig beschädigt, aber stets mindestens *gefährdet* wird: Daher „Gefährdungsdelikte".

erreicht hätte. — Die betr. Strafbestimmungen — namentlich über strafbare Vermögensausbeutung Minderjähriger, Wucher, Glücksspiel und dgl., wobei der gesetzliche Thatbestand nicht erfordert, dass die Verletzten eine materielle Vermögensbeschädigung faktisch erlitten haben,[3] — besitzen daher zugleich einen ausgesprochenen präventiv-polizeilichen Charakter[4]), insofern sie zugleich den Zweck verfolgen, Personen, von denen zu besorgen ist, dass sie sich zu einem ihre wirtschaftliche Lage gefährdenden Benehmen leicht bestimmen lassen, gegen die üblen Folgen ihrer eignen Unerfahrenheit, ihres Leichtsinns etc. zu schützen, ihnen nach Möglichkeit die Gelegenheit, sich ausbeuten zu lassen, zu entziehen. (Cf. Hälschner II. 1 S. 427.) Wie in der Schwester-Wissenschaft der Medizin heutzutage die prophylaktischen Mittel vorherrschen, wie auf dem Gebiet der Sozialgesetzgebung Vorbeugungsmassregeln eine vorwiegende Rolle einnehmen, so ist sich auch die Strafgesetzgebung nunmehr bewusst, dass sie die gleichen Wege einzuschlagen habe. Es ist das Recht wie die Pflicht des Staates, — sagt Hälschner I. S. 34 f. unter anderm — nicht nur alles Unrecht zu tilgen, sondern auch das Wohl der Gesellschaft dadurch zu fördern, dass den möglichen den sozialen Interessen drohenden Gefahren, die sich aus dem Verhalten der Menschen ergeben können, begegnet wird: Daher polizeiliches Unrecht im Gegensatz zu kriminellem Unrecht![5])

---

[3]) So ist die Strafbarkeit des Thäters nach § 301 unabhängig davon, ob der Minderjährige oder Bewucherte die übernommene Verbindlichkeit für rechtsgiltig oder nichtig gehalten bezw. erfüllt hat oder nicht, ob er einen materiellen Nachteil am Vermögen erfahren hat oder nicht. — Desgleichen ist die unbefugte Jagdausübung nach §§ 292 ff. nicht an die Voraussetzung der eingetretenen Vermögensbeschädigung eines Dritten, des Jagdberechtigten, notwendig geknüpft. Dasselbe gilt von § 288, der eine eingetretene Vermögensbeschädigung nicht erfordert, § 297, Gefährdung des Vermögens des Eigentümers des Schiffes bezw. der Ladung durch Kontrebande [vgl. darüber Oppenheim S. 239], § 265, wobei schon die Inbrandsetzung genügt.

[4]) Derselbe präventiv-polizeiliche Charakter wohnt den Strafvorschriften einer Reihe von Nebengesetzen inne, die zur Vollendung des betr. Vermögensdelikts keine faktische Vermögensbeschädigung fordern; z. B. § 10 Nahrungsmittelges. v. 14. Mai 1879 und Art. 249 No. 2 H.G.B. nach d. Aktiennovelle v. 18. Juli 1884 (2 Spezialfälle von Betrug; cf. unten S. 191); ferner § 7 Ges. betr. die Abzahlungsgesch. v. 16. Mai 1894; § 40 Patentges. v. 7. April 1891 (s. oben S. 55 N. 1) etc.

[5]) Das Privatrecht kann sich damit begnügen, das Verletzungsdelikt in seinen privatrechtlichen Folgen zu regeln; „eine Berücksichtigung des Gefährdungsdelikts oder des blossen Ungehorsamsdelikts bleibt dem Privatrecht aus guten Gründen fremd.“ (v. Liszt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht S. 26.)

So tragen namentlich das verbotene Glücksspiel und unerlaubte Lotteriehalten[6]) rein polizeiliches Gepräge (cf. Schütze § 102 S. 502)[7]). Das Gesetz hat das Glücksspiel etc. (nur) bedingungsweise für strafbar erklärt[8]). Eine rechtliche Bedeutung gewinnt das Glücksspiel nur unter der Voraussetzung, dass den Gegenstand des Gewinnes, den Gegenstand des Spiels (die Spielobjekte), Vermögenswerte, Sachen od. andre Vermögensobjekte, bilden[9]): Daher das Glücksspiel auch nach dieser Seite, nicht bloss im Hinblick auf den geldwerten Einsatz, ein echtes Vermögensdelikt. Bei der Kriminalisierung des — wie anerkannt — sittlich verwerflichen, die wirtschaftliche Stellung der Spieler und überhaupt das wirtschaftliche Wohl gefährdenden Glücksspiels war die polizeiliche Rücksicht massgebend, dass — wie Hälschner II. S. 443 f. bemerkt — der gewerbsmässige Spieler darauf ausgeht, andere zum Spiele zu verleiten, ihren Leichtsinn und ihre Gewinnsucht auszubeuten, und dass es deshalb darauf ankommt, den schädlichen wirtschaftlichen Folgen eines solchen Gewerbes zu begegnen[10]).

---

[6]) Neuere Litteratur: Eug. Schiffer, Zur Lehre von Glücksspiel, im Gerichtss. 51. Bd. S. 184 ff.; W. Kulemann, Zum Begriffe der Ausspielung, im Gerichtss. Bd. 50 S. 452 ff.; Damme, Kleine Beiträge VI., i. Gerichtss. Bd. 46 (1892) S. 462 ff. [darüber v. Lilienthal i. d. Zeitschr. XIII. S. 100 f. No. 12].

[7]) Schutzobjekt ist das Vermögen der wirklichen oder in Aussicht genommenen Teilnehmer, welches gefährdet wird.

[8]) Vgl. Oppenheim S. 248.

[9]) Das Reichsger. bestimmt den Begriff des Glücksspiels im Urteil v. 1. April 1884 (Entsch. X. S. 246; Rechtspr. VI. S. 263) dahin, dass „unter Glücksspiel jedes Spiel um einen Vermögenswert zu verstehen ist, dessen Ausgang wesentlich vom Zufall abhängt." — Hälschner II. 1 S. 443 § 134.

Vgl. Schiffer l. c. S. 216 unten: „Glücksspiel im Sinne des Reichsstrafgesetzes, in Sonderheit des § 285 ist ein Spiel um Vermögenswerte, dessen Ausgang wesentlich vom Zufall abhängt, sobald aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände des Spiels erhellt, dass es aus Gewinnsucht gespielt wird." (Sog. relative Theorie in objektiver und subjektiver Hinsicht — d. h. im Hinblick auf Spieler und Spielobjekt — gegenüber der sog. absoluten Theorie des Reichsgerichts und seiner konstanten Praxis.) Ich vermeide ein näheres Eingehen auf die Kontroverse, bemerke jedoch, dass die relative Theorie (namentlich auch mit Rücksicht auf den Begriff des „Eigennutzes") der ratio legis mehr entspricht und nicht zu ungesunden Konsequenzen führt wie die absolute Theorie.

[10]) Geyer (Grundriss zu Vorlesungen über gemeines dtschs. Strafr. 3. Aufl. Lpz. 1884 II. S. 72) bezeichnet als Glücksspiel „ein die wirtschaftliche Lage des Spielers gefährdendes Spiel". Mit Recht wird von Schiffer (cf. l. c. S. 196 ff. und die hier zit. Litteratur!) ausser der wirtschaftlichen auch die sittliche (moralische) *Gefährdung* betont.

Deutlich ist das polizeiliche Gepräge bei der Blankettstrafdrohung des § 367 No. 16 zu erkennen, welche durch die jüngste Wuchernovelle v. 19. Juni 1893 gleichfalls gegen Vermögensgefährdung in das R.Str.G.B. eingefügt worden ist.

Der Ausbeutung des Schuldners macht sich bekanntermassen der Thäter schuldig, sofern er in gewinnsüchtiger Absicht mit der Absicht handelt, zum Nachteile des Schuldners aus dessen Vermögen sich oder einen andern zu bereichern. (Cf. Hälschner l. c. S. 435.) Abweichend von der früheren Gesetzgebung aber, welche stets oder wenigstens vorwiegend vom Gesichtspunkt der dem Schuldner zugefügten Vermögensbeschädigung ausging, hat das R.Str.G.B. in §§ 301 f. und noch mehr das „Reichswuchergesetz" v. 31. Mai 1880 Art. 1,[11]) in dessen Gemässheit §§ 302a—d in das R.Str.G.B. eingeschoben worden sind und die „Wuchernovelle" v. 19. Juni 1893, wodurch die Bestimmung des § 302e über den Sachwucher eingeführt wurde, „mit Recht die über das Interesse des einzelnen hinausreichende, für das wirtschaftliche Wohl des Volkes gemeinschädliche Wirksamkeit des Wuchers als das für seine Strafbarkeit entscheidende Moment betrachtet." (Cf. Hälschner S. 438 Text zu N. 3.)[12])

Was endlich den Bankrott im Sinne des geltenden Rechts anbetrifft, das in der K.O. v. 10. Febr. 1877 die Beschränkung des strafbaren Bankrotts auf Kaufleute aufgegeben hat, so ist derselbe nicht etwa die verschuldete Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, sondern die aus der Zahlungseinstellung unvermeidlich sich ergebende Verletzung oder Gefährdung[13]) des Vermögens der Gläubiger durch (kasuistisch) bestimmte Handlungen[14]). Das Vermögen der Gläubiger, insbesondere

---

[11]) Cf. Art. 3 eod., der die Ungiltigkeit der Wucherforderungen ausspricht.

[12]) Neueste Erscheinungen in der Litteratur s. bei Liszt, Lhrb. 1896 § 142.

[13]) Man streitet darüber, ob der Bankrott Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt sei. Für das erstere: Hälschner II. 1 S. 408 f.; v. Liszt (in früheren Aufl. seines Lhrb., so in der 1. Aufl. 1881 § 70 S. 278 f.); G. Kleinfeller, (Stenglein) Nebengesetze S. 582 [vgl. auch Kleinfeller, Zur Lehre vom strafbaren Bankrott, im Gerichtss. 43. Bd. (1890) S. 161 ff.]; H. Meyer, Lhrb. S. 597; Finger, Österr. Strafr. II. S. 249; Rohland, Gefahr im Strafr. 1886 S. 30. Für das letztere: v. Liszt, Lhrb. 1894 S. 430 N. 1, 1896 S. 455 N. 1; R. Cohn in Goltd. Archiv, Bd. 41 1893 S. 202; Neumeyer, Strafb. Bankrott, S. 154, 172; v. Völderndorff, Konkursordnung 2. Aufl. 1885 Bd. III. S. 27 ff.

[14]) Cf. Hälschner l. c. S. 409 zu N. 2 und 3; Neumeyer, Strafb. Bankrott, l. c. S. 118 ff.

So tragen namentlich das verbotene Glücksspiel und unerlaubte Lotteriehalten[6]) rein polizeiliches Gepräge (cf. Schütze § 102 S. 502)[7]). Das Gesetz hat das Glücksspiel etc. (nur) bedingungsweise für strafbar erklärt[8]). Eine rechtliche Bedeutung gewinnt das Glücksspiel nur unter der Voraussetzung, dass den Gegenstand des Gewinnes, den Gegenstand des Spiels (die Spielobjekte), Vermögenswerte, Sachen od. andre Vermögensobjekte, bilden[9]): Daher das Glücksspiel auch nach dieser Seite, nicht bloss im Hinblick auf den geldwerten Einsatz, ein echtes Vermögensdelikt. Bei der Kriminalisierung des — wie anerkannt — sittlich verwerflichen, die wirtschaftliche Stellung der Spieler und überhaupt das wirtschaftliche Wohl gefährdenden Glücksspiels war die polizeiliche Rücksicht massgebend, dass — wie Hälschner II. S. 443 f. bemerkt — der gewerbsmässige Spieler darauf ausgeht, andere zum Spiele zu verleiten, ihren Leichtsinn und ihre Gewinnsucht auszubeuten, und dass es deshalb darauf ankommt, den schädlichen wirtschaftlichen Folgen eines solchen Gewerbes zu begegnen[10]).

---

[6]) Neuere Litteratur: Eug. Schiffer, Zur Lehre von Glücksspiel, im Gerichtss. 51. Bd. S. 184 ff.; W. Kulemann, Zum Begriffe der Ausspielung, im Gerichtss. Bd. 50 S. 452 ff.; Damme, Kleine Beiträge VI., i. Gerichtss. Bd. 46 (1892) S. 462 ff. [darüber v. Lilienthal i. d. Zeitschr. XIII. S. 100 f. No. 12].

[7]) Schutzobjekt ist das Vermögen der wirklichen oder in Aussicht genommenen Teilnehmer, welches gefährdet wird.

[8]) Vgl. Oppenheim S. 248.

[9]) Das Reichsger. bestimmt den Begriff des Glücksspiels im Urteil v. 1. April 1884 (Entsch. X. S. 246; Rechtspr. VI. S. 263) dahin, dass „unter Glücksspiel jedes Spiel um einen Vermögenswert zu verstehen ist, dessen Ausgang wesentlich vom Zufall abhängt.“ — Hälschner II. 1 S. 443 § 134.

Vgl. Schiffer l. c. S. 216 unten: „Glücksspiel im Sinne des Reichsstrafgesetzes, in Sonderheit des § 285 ist ein Spiel um Vermögenswerte, dessen Ausgang wesentlich vom Zufall abhängt, sobald aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände des Spiels erhellt, dass es aus Gewinnsucht gespielt wird.“ (Sog. relative Theorie in objektiver und subjektiver Hinsicht — d. h. im Hinblick auf Spieler und Spielobjekt — gegenüber der sog. absoluten Theorie des Reichsgerichts und seiner konstanten Praxis.) Ich vermeide ein näheres Eingehen auf die Kontroverse, bemerke jedoch, dass die relative Theorie (namentlich auch mit Rücksicht auf den Begriff des „Eigennutzes“) der ratio legis mehr entspricht und nicht zu ungesunden Konsequenzen führt wie die absolute Theorie.

[10]) Geyer (Grundriss zu Vorlesungen über gemeines dtschs. Strafr. 3. Aufl. Lpz. 1884 II. S. 72) bezeichnet als Glücksspiel „ein die wirtschaftliche Lage des Spielers gefährdendes Spiel“. Mit Recht wird von Schiffer (cf. l. c. S. 196 ff. und die hier zit. Litteratur!) ausser der wirtschaftlichen auch die sittliche (moralische) Gefährdung betont.

Deutlich ist das polizeiliche Gepräge bei der Blankettstrafdrohung des § 367 No. 16 zu erkennen, welche durch die jüngste Wuchernovelle v. 19. Juni 1893 gleichfalls gegen Vermögensgefährdung in das R.Str.G.B. eingefügt worden ist.

Der Ausbeutung des Schuldners macht sich bekanntermassen der Thäter schuldig, sofern er in gewinnsüchtiger Absicht mit der Absicht handelt, zum Nachteile des Schuldners aus dessen Vermögen sich oder einen andern zu bereichern. (Cf. Hälschner l. c. S. 435.) Abweichend von der früheren Gesetzgebung aber, welche stets oder wenigstens vorwiegend vom Gesichtspunkt der dem Schuldner zugefügten Vermögensbeschädigung ausging, hat das R.Str.G.B. in §§ 301 f. und noch mehr das „Reichswuchergesetz“ v. 31. Mai 1880 Art. 1,[11]) in dessen Gemässheit §§ 302a—d in das R.Str.G.B. eingeschoben worden sind und die „Wuchernovelle“ v. 19. Juni 1893, wodurch die Bestimmung des § 302e über den Sachwucher eingeführt wurde, „mit Recht die über das Interesse des einzelnen hinausreichende, für das wirtschaftliche Wohl des Volkes gemeinschädliche Wirksamkeit des Wuchers als das für seine Strafbarkeit entscheidende Moment betrachtet.“ (Cf. Hälschner S. 438 Text zu N. 3.)[12])

Was endlich den Bankrott im Sinne des geltenden Rechts anbetrifft, das in der K.O. v. 10. Febr. 1877 die Beschränkung des strafbaren Bankrotts auf Kaufleute aufgegeben hat, so ist derselbe nicht etwa die verschuldete Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, sondern die aus der Zahlungseinstellung unvermeidlich sich ergebende Verletzung oder Gefährdung[13]) des Vermögens der Gläubiger durch (kasuistisch) bestimmte Handlungen[14]). Das Vermögen der Gläubiger, insbesondere

---

[11]) Cf. Art. 3 eod., der die Ungiltigkeit der Wucherforderungen ausspricht.

[12]) Neueste Erscheinungen in der Litteratur s. bei Liszt, Lhrb. 1896 § 142.

[13]) Man streitet darüber, ob der Bankrott Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt sei. Für das erstere: Hälschner II. 1 S. 408 f.; v. Liszt (in früheren Aufl. seines Lhrb., so in der 1. Aufl. 1881 § 70 S. 278 f.); G. Kleinfeller, (Stenglein) Nebengesetze S. 582 [vgl. auch Kleinfeller, Zur Lehre vom strafbaren Bankrott, im Gerichtss. 43. Bd. (1890) S. 161 ff.]; H. Meyer, Lhrb. S. 597; Finger, Österr. Strafr. II. S. 249; Rohland, Gefahr im Strafr. 1886 S. 30. Für das letztere: v. Liszt, Lhrb. 1894 S. 430 N. 1, 1896 S. 455 N. 1; R. Cohn in Goltd. Archiv, Bd. 41 1893 S. 202; Neumeyer, Strafb. Bankrott, S. 154, 172; v. Völderndorff, Konkursordnung 2. Aufl. 1885 Bd. III. S. 27 ff.

[14]) Cf. Hälschner l. c. S. 409 zu N. 2 und 3; Neumeyer, Strafb. Bankrott, l. c. S. 118 ff.

wird das Objekt in rechtswidrigen Gebrauch genommen, bei der Unterschlagung dem Vermögen des Thäters einverleibt[2]) etc. etc. Aber nicht immer enthält der Angriff auf das Schutzobjekt zugleich eine Einwirkung auf das Handlungsobjekt, z. B. bei der Hehlerei (Partiererei) des § 259, ferner § 286 Abs. 2 [desgleichen § 276 u. a.]. Vgl. Oppenheim a. a. O. S. 215, 216. Andrerseits kann, obwohl der in den Gefährdungsverbrechen enthaltene Angriff auf das betreffende Schutzobjekt in der Gefährdung desselben besteht, in dieser doch schon eine vollendete Verleztung des Handlungsobjekts enthalten sein; z. B. bei der Brandstiftung, ferner §§ 315, 316 u. a. m. (Vgl. Oppenheim l. c. S. 216).

B. Unterscheidendes Merkmal.

I. Vermögensverletzungen ohne Bereicherung.

§ 20.

Eine Vermögensbeschädigung allein (d. h. nicht in der Absicht auf Vermögensvorteil begangen) enthält die Sachbeschädigung[1])[2]). Hierbei ist jedoch wieder zwischen den einzelnen die Sachbeschädigung betreffenden Paragraphen unsres Str.G.B. zu unterscheiden. Durch § 303 soll lediglich das Vermögen vor vorsätzlicher Beschädigung oder Zerstörung einzelner zu demselben gehöriger Sachen geschützt werden. Deswegen bezeichnete man vielmals die Sachbeschädigung schlechthin als Vermögensbeschädigung i. e. Sinn oder κατ' ἐξοχήν; so das preuss. Str.G.B. sowie Lueder a. a. O.[3])[4]). Während aber das Objekt der Sachbeschädigung nach

---

[2]) Zueignung im Sinne des § 246 kann geschehen, ohne dass in dem faktischen Verhältnis des Thäters zur Sache oder in dem rechtlichen Verhältnis des Berechtigten zum Rechtsobjekt irgend eine wesentliche Änderung eintritt.

[1]) Vgl. hierzu u. a. Lueder, Vermögensbeschädigung, Lpz. 1867 S. 1 ff.; Merkel, Holtzd. Hdb. III. S. 849 ff.; Rotering i. Gerichtss. 47 S. 211 ff.

[2]) Eingeschränkt wird die Anwendung der Bestimmungen über Sachbeschädigung durch St.G.B. §§ 306 ff., 311, 315 ff., 321 ff. 133, 168, welchen andre Gesichtspunkte zu Grunde liegen.

[3]) Lueder gebraucht jenen Ausdruck, indem er de lege ferenda namentlich hervorhebt, dass die Beschädigungen nicht auf „Sachen" beschränkt sein sollten; l. c. S. 39.

[4]) Die Vermögens- (Sach-) Beschädigung hat subsidiären Charakter, d. h. diese Strafbestimmung kommt dann zur Anwendung, wenn ein andres Delikt nicht Platz

§ 303 „eine fremde[5]) Sache" ist, nennt uns § 305 im Anschluss an das französ. Recht: fremde Gebäude, Schiffe, Brücken, Dämme, gebaute Strassen, Eisenbahnen oder andere Bauwerke, also gewisse Sachen von grösserem Wert. Dass § 305 derartige Sachbeschädigungen höher bestraft als § 303, findet darin seine Erklärung, dass an besagten Gegenständen selbstredend ein höheres Interesse besteht[6]) und die Beschädigung derartiger Objekte auch einen intensiveren verbrecherischen Willen wohl regelmässig bethätigen dürfte; die Grösse des Schadens war für die besondre Strafdrohung nicht ausschlaggebend[7]). — Andre Schutzobjekte als die §§ 303 und 305 haben die Fälle des § 304[8]). Dieser umfasst nämlich nicht nur die Beschädigung der von ihm genannten Sachen, soweit sie dem Thäter nicht gehören, sondern die Beschädigung jener Sachen schlechthin, auch wenn sie im Eigentum des Thäters stehen[9]). Schutzobjekte sind somit das religiöse Gefühl, soweit res sacrae et religiosae in Betracht kommen[10]), das Pietätsgefühl gegenüber den Toten, soweit Grabmäler beschädigt werden (vgl. auch §§ 189 und 168 Str.G.B.) und ferner solche Gefühle, welche sich auf die übrigen in § 304 cit. genannten Gegenstände beziehen. [Hervorzuheben ist aber, dass der § 304 zur Bestrafung des Thäters nicht die thatsächlich eingetretene Gefühlsverletzung, eine Erregung von Ärgernis, verlangt, obwohl sie in den meisten Fällen sicherlich vorliegen wird; die abstrakte Verletzung genügt ebenso wie die abstrakte Gefahr bei gemein-

---

greift; z. B. wenn kein Bereicherungsdelikt gegeben ist, dann blosse Vermögensbeschädigung. Lueder S. 42 ff., 188 f.

[5]) Zerstörung eigener Sachen fällt unter einen andern Gesichtspunkt und ist bedingungsweise strafbar. Cf. S. 75.

[6]) Namentlich mit Rücksicht auf die Gefahr, die weiteren nachteiligen Folgen, die sich aus solcher Zerstörung möglicherweise ergeben.

[7]) Cf. Hälschner a. a. O. I. S. 459.

[8]) v. Liszt (Lhrb. 1894 S. 417) schliesst die Fälle des § 304 von der Sachbeschädigung aus.

[9]) Im Fall des § 304 muss der Eigentümer (oder sonst Berechtigte) ausnahmsweise in der freien Verfügung über sein Eigentum rechtlich beschränkt sein und zwar, der Tendenz des Gesetzes entsprechend, im öffentlichen Interesse; cf. Hälschner II. 1 S. 390 zu Note 1.

[10]) Nach heute feststehender Auffassung besteht die Grundlage und Voraussetzung des Daseins besonderer Religionsverbrechen und ihrer besondern Strafbarkeit (Zerstören von dem Gottesdienst und der Verehrung geweihten Gegenständen, Kirchenraub etc.) in der Erschütterung der religiösen Fundamente des Staates, welche durch den Angriff auf den Gegenstand erfolgt oder erfolgen sollte oder konnte.

gefährlichen Verbrechen. Vgl. Oppenheim a. a. O. S. 205 ff.] Auf diese Weise sehen wir, wie in gewissen Fällen die vermögensrechtlichen Interessen vollständig hinter anderen höheren Interessen zurücktreten müssen. —

In mancherlei Beziehungen kommen — abgesehen von den genannten 3 Arten der Sachbeschädigung — Fälle derselben im R.Str.G.B. vor. Die Sachbeschädigung ist nämlich — wie Rüdorff, Komm. zum 26. Abschnitt des R.Str.G.B. (S. 693 in der 3. Aufl. 1881) sagt — „die allgemeine Form eines Vergehens, welches im Str.G.B. verschiedentlich, sei es mit Bezug auf gewisse Gegenstände oder auf die Art, Absicht und den Erfolg der Begehung besonders qualifiziert ist.“ Vgl. in dieser Beziehung z. B. Str.G.B. §§ 133—136, 274 No. 1 und 2, sowie allgemein die gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen. So kann auch die Beschädigung einer Sache als Qualifikationsgrund eines andern Verbrechens im Gesetz benutzt sein, so z. B. beim Einbruchsdiebstahl des § 243 No. 2 (vgl. S. 22). Was speziell die vorhin bezeichneten §§ 133—136 etc., sowie die gemeingefährlichen Delikte anlangt, so tritt das vermögensrechtliche Interesse vollständig in den Hintergrund; denn §§ 133,1—136 etc. verlangen nicht im mindesten einen verletzenden Angriff auf vermögensrechtliche Interessen oder auch nur eine Gefährdung derselben. Bei den gemeingefährlichen Delikten bildet — wie bereits oben S. 38 f. hervorgehoben — die Gemeingefahr den Grund, verschiedene Delikte, die man sonst als qualifizierte Sachbeschädigung bezeichnen könnte, unter dem Begriff der gemeingefährlichen Verbrechen zusammenzufassen; deshalb darf man — auch dies wurde bereits a. a. O. betont — nach heutigem Recht etwa die Brandstiftung nicht als qualifizierte Sachbeschädigung auffassen.

Bei der Sachbeschädigung wird auf die Substanz der Sache so eingewirkt, dass dieselbe verändert oder die Sache als solche, wie sie bisher existierte, ganz vernichtet wird[11]), während bei den als Aneignung fremder Sachen strafbaren Delikten dies nicht notwendig ist, sondern die Substanz der Sache hier regelmässig unverändert fortbesteht[12]).

---

[11]) Von einer Vernichtung oder Zerstörung der Sachsubstanz zu reden, ist unwissenschaftlich, da nach den Ergebnissen der Naturwissenschaft selbst bei der Zerstörung von Sachen (z. B. durch Verbrennen u. dgl.) nur eine Veränderung [Metamorphose], nicht eine Vernichtung der Substanz als solcher eintritt.

[12]) Hälschner l. c. II. 1 S. 388 führt hierzu folgendes aus: „Ausgeschlossen von der Sachbeschädigung ist jede vorsätzlich bewirkte Wertverminderung der fremden Sache, sofern sie ohne beschädigende Einwirkung auf die Sache selbst, darum ohne

Aber nicht jede körperliche Einwirkung auf die Integrität[13]) einer Sache stellt eine Sachbeschädigung im Sinne des § 303 dar[14]). Keine Sachbeschädigung ist es z. B., wenn ein Gelehrter auf fremdes Papier eine wissenschaftliche Abhandlung schreibt oder ein Künstler auf ein Stück fremder Leinwand ein Porträt malt. Dies scheint so einleuchtend zu sein, dass jedes Wort hierüber überflüssig ist; und trotzdem wird noch heutzutage vielfach das Gegenteil behauptet und wissen-

---

Verletzung des Eigentumsrechtes [hierauf soll es nach Hälschner allein ankommen; vgl. jedoch flg. Note 13 hier, wo von Fällen die Rede ist, die trotz augenscheinlich vorliegender sog. „Verletzung des Eigentumsrechtes" straflos bleiben], nur in der Art stattfindet, dass das Verhältnis des Wertes der Sache zu andern Sachen, ihr Tauschwert, herabgesetzt wird. [Man denke nur an „Drücken des Kurses" bei Wertpapieren und ähnliche Fälle!] Andererseits wird aber, weil für den Thatbestand der Sachbeschädigung die Verletzung des Eigentumsrechtes, nicht die Vermögensbeschädigung [sc. was ich übrigens nicht für zutreffend halten kann] von entscheidender Bedeutung ist, die Strafbarkeit der Sachbeschädigung dadurch nicht ausgeschlossen, dass sie ausnahmsweise keine Vermögensbeschädigung zur Folge hat." Wie reimt aber hiermit sich die Thatsache, dass Hälschner l. c. S. 301 ff. zum Thatbestand des Diebstahls etc. Vermögensbeschädigung fordert? — „Damit ergibt sich — führt er a. a. O. S. 388 unter Verweisung auf Lueder S. 84, 133 [soll wohl 113 heissen?] und Rechtspr. des R.G's. I. S. 640 m. E. unrichtig fort — zugleich, dass eine strafbare Sachbeschädigung auch an der Sache begangen werden kann, die keinen Tauschwert hat und durch deren Beschädigung dem Eigentümer kein pekuniärer Nachteil zugefügt wird."

[13]) Befreiung von Wild aus dem Wildpark und dergleichen bekannte Fälle sind nicht Sachbeschädigung im Sinne des § 303, obwohl in ihrer Bedeutung und Wirkung der Sachbeschädigung gleichstehend. Das R.Str.G.B. hätte nach dem Beispiel des badischen Str.G.B's. § 570 (cf. S. 112 f. dsr. Abhandlung) oder, wie dies u. a. der Stooss'sche Entw. eines schweiz. Str.G.B's. thut (cf. unten S. 222), auch jedes andre Wertlosmachen der Sache für strafbar erklären sollen; dies ist aber nicht geschehen. So gibt es denn nach geltendem dtschn. Recht viele Fälle von Vermögensbeschädigung, die straflos bleiben müssen, nämlich solche, wobei die Sache, ohne in ihrer Substanz eine (schädigende) Veränderung zu erfahren und ohne Aneignung seitens des Thäters dem Vermögen des Verletzten dauernd entzogen wird. So richtig: Hälschner l. c. II. 1 S. 387 zu N. 3; Merkel bei Holtzd. III. S. 853, IV. S. 86 und Lehrb. S. 306; Rüdorff § 303 N. 6; H. Meyer [dagegen noch in der 2. Aufl. S. 441]; Rotering S. 226 f. sub V. — Dagegen: Lueder S. 73, 81; Schütze l. c. S. 499 N. 7; Oppenhoff § 303 N. 8; v. Schwarze.

[14]) Vgl. auch Rotering l. c. S. 215 unten: „Die Substanzveränderung ... ist aber nicht ausnahmslos eine Sachbeschädigung, weil nämlich dieselbe nicht notwendig auch eine Beeinträchtigung des Sachwertes . . . repräsentiert . . ." Cf. § 29 des preuss. Feld- und Forstpolizeiges. v. 1. Apr. 1880; a. a. O. S. 223 f. sub IV.

fremde Forderungsrechte oder andere Vermögensstücke, zum Nachteil des Berechtigten entsteht[26]).

Die einfache Untreue enthält eine reine Vermögensbeschädigung im Gegensatz zur qualifizierten Untreue (letzter Absatz von § 266), die sich als Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht oder als Bereicherungsvergehen charakterisiert.

II. Bereicherungsdelikte.

§ 21.

Bei den Bereicherungsverbrechen ist die Handlung nicht bloss auf die vermögensrechtliche Benachteiligung jemandes gerichtet[1]), sondern zugleich darauf, den Vermögenswert, welcher dem Verletzten entzogen wird, den Interessen andrer rechtswidrig dienstbar zu machen, also auf die rechtswidrige[2]) Bereicherung jemandes[3]) auf fremde Kosten.[4])[5]) „Die hierdurch charakterisierte Richtung des verbrecherischen Willens nimmt eine weitaus höhere praktische Bedeutung in Anspruch als die

---

[26]) Der Thatbestand der Untreue erfordert Vermögensbeschädigung dessen, dessen Geschäfte der Thäter führt: Hälschner l. c. S. 393 zu N. 1. „Darüber scheint — wie Merkel bei Holtzd. III. S. 783 N. 5a bemerkt — gegenwärtig trotz des unbestimmten Wortlauts [sc. des § 266] Übereinstimmung zu herrschen."

[1]) Dagegen eine vielfach vertretene Theorie, wonach Vermögensschädigung nicht zum strafrechtlichen Begriff der Zueignung gehöre: Lauterburg a. a. O. S. 191.

[2]) Trotzdem z. B. § 266 (letzter Absatz) nur einen (keinen rechtswidrigen) Vermögensvorteil verlangt, so kann derselbe doch schon insofern als rechtswidrig bezeichnet werden, weil er mittels Benachteiligung eines andern erstrebt wird. (So auch Hälschner II. 1 S. 394 unten.) Aber nicht in § 268; cf. S. 26 f. [R.G.E. v. 20. Juni 1895, Entsch. XXVII S. 300—302 No. 110].

[3]) Das in den Gesetzesworten der §§ 257 ff. „seines Vorteils wegen" ausgedrückte Thatbestandsmerkmal dagegen ist nur dann gegeben, wenn das Erstreben eines eigenen Vorteils den Beweggrund zu der Handlung gebildet hat: R.G.E. v. 10. Juli 1895, Entsch. XXVII. S. 342 f. No. 122.

[4]) Das Merkmal aller Bereicherungsverbrechen ist „die Richtung der That auf materiellen Gewinn auf fremde Kosten"; Merkel bei Holtzd. III. S. 623, 758 f. — „Ne quis cum detrimento alterius fiat locupletior." Der sich dieser Norm widersetzende Wille ist der „animus lucri faciendi" sc. cum detrimento alterius.

[5]) Der Verbrecher sucht bei der strafrechtlich relevanten Bereicherung auf rechtswidrigem Wege denselben materiellen Effekt zu erreichen, den eine zivilrechtliche Schenkung für den Beschenkten hat. Cf. Dernburg, Pand. II. (4. Aufl. 94) § 106 S. 286 ff.

lediglich auf die Schädigung anderer zielende.“ (Merkel bei Holtzd. III. S. 621 f. § 1, woselbst sich treffliche Bemerkungen über die Natur der Bereicherungsverbrechen finden.) „Auf der Basis eines Verbrechens will jemand seinen Reichtum aufbauen, — führt Binding, Normen I. (1872) § 79 S. 120, aus — einen Vermögenszustand schaffen, der jedes Rechtsgrunds entbehrend Anspruch auf Bestand nicht besitzt und mit einer rechtlichen Vermögensordnung sich als unverträglich erweist. Dazu kommt: die Masse der Vermögenswerte ist unter die verschiedenen Menschen in solcher Weise verteilt, dass, was der eine gewinnt, regelmässig der andre verliert.“ Und so sagt Merkel in seiner „Lehre vom strafbaren Betrug“ [II. Bd. seiner kriminalist. Abhndlgn.] gelegentlich der Unterscheidung des gewinnsüchtigen Betrugs von der blossen fraudulosen Benachteiligung — wie Binding a. a. O. anerkennt — ganz mit Recht: „Der rechtswidrige Vorteil auf Seiten des Betrügers hat denselben objektiven Charakter (d. h. ist so wenig nur als Motiv der That zu betrachten) wie die rechtswidrige Benachteiligung, in welcher er sein Korrelat hat.“ Die beabsichtigte Bereicherung, der Vermögensvorteil ist nur die Kehrseite der vorsätzlich zugefügten Vermögensbeschädigung. (Merkel bei Holtzd. l. c. S. 772 und Waag im Gerichts. XXXI. S. 244.) „Die fraudulose Benachteiligung und der gewinnsüchtige Betrug — fügt Binding l. c. hinzu — unterscheiden sich eben dadurch, dass erstere sich als Verletzung nur einer Norm, letztere sich als kombinierte Verletzung einer Doppelnorm darstellt.“[6][7] —

---

[6]) Darum ist (auch de lege ferenda) wegen Bereicherungsverbrechen durchschnittlich härter zu strafen als wegen blosser Vermögensbeschädigung. Cf. Lueder l. c. S. 141 ff. — Die betrügliche Vermögensbeschädigung wird vom Gesetz straflos gelassen, wenn die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, fehlt.

[7]) A. a. O. S. 121 führt Binding m. E. nicht unzutreffend fort: „Meiner Ansicht nach ist gerade das Wesen der Hehlerei als eines Vermögensverbrechens im scharfen Gegensatz zur Begünstigung als eines Verbrechens gegen die Strafrechtspflege des Staats, in nichts anderem zu finden, als in der absichtlichen Sicherung der widerrechtlichen Bereicherung für den Verbrecher, in der Mitwirkung des Hehlers, dass ein als widerrechtlich erkannter Vermögenszustand Bestand erhalte.“ Ausser Binding l. c. II. S. 570 [§ 71 S. 565 ff.: „Vorsatz bei Begünstigung und Hehlerei“] behandeln die Hehlerei als Vermögensdelikt: Gretener, Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung. 1879 S. 107 f.; Birkmeyer (der nur die Sachhehlerei, Partiererei, nicht die sachliche Begünstigung als Vermögensdelikt ansieht); v. Liszt (desgleichen); Schütze, H. Meyer, Olshausen II. § 257 No. 31 und die oben S. 41 ff. N. 1 ferner Zitierten. Ebenso Oppenheim S. 285: In § 257,

Darum — und dies ist wohl zu beachten — fragt es sich gar nicht, ob den Bereicherungsverbrechen das Motiv der Handlung eigentümlich sei, das — wie man betont — eine rein subjektive Bedeutung habe und deshalb nicht in unsre Frage hereingebracht werden dürfe[8]); denn es handelt sich bei derselben zunächst nicht um ein subjektives, sondern um ein rein objektives Moment im Thatbestand der Bereicherungsdelikte, nämlich um die Frage, ob zum Thatbestand derselben Bereicherung auf fremde Kosten gehöre oder nicht[9]). — (Cf. unten Seite 201.)

§ 22.

Der Begriff der Bereicherung[1]) ist im Strafrecht der gleiche wie im Privatrecht[2]). Eine derartige Übereinstimmung der beiden

welcher sowohl die echte (persönliche) als die unechte (sachliche) Begünstigung enthält, ist nur bei der unechten Begünstigung das Vermögen Schutzobjekt und zwar das Vermögen derjenigen Person, gegen welche die That des begünstigten Verbrechers gerichtet war. Im Interesse dieses Vermögens ist die unechte Begünstigung verboten und strafbar, und dadurch wird es „verletzt", dass die Begünstigungshandlung den Schaden, welche die That des Begünstigten dem Vermögen zugefügt hat, aufrecht erhält und festigt. Die echte Begünstigung gehört zu den Verbrechen gegen den Staat in Bezug auf die Rechtspflege. Für den Fall des § 258, der sog. Personenhehlerei, welche besondere Fälle der echten wie der unechten Begünstigung enthält, gilt das für § 257 Ausgeführte. Im Fall des § 259, der Sachhehlerei od. Partiererei, ist Schutzobjekt das Vermögen. — Dagegen Heinze a. a. O.; Hälschner l. c. II. 2 S. 867 ff.: Allerdings handle es sich bei der sachlichen Begünstigung wie bei der Sachhehlerei um einen Angriff auf die vermögensrechtliche Ordnung, aber dies allein könne nicht genügen, um die Hehlerei als Vermögensdelikt zu behandeln.

Näher auf die kurz skizzierte Kontroverse einzugehen, liegt ausserhalb meiner Aufgabe. Sicherlich aber hat Merkel nicht Unrecht, wenn er in Holtzd. Hdb. IV. S. 431 unten gelegentlich betont, dass die mannigfachen Mängel der Bestimmungen des 21. Abschnittes des Str.G.B.'s nur allzusehr die Kritik herausfordern.

[8]) Der animus lucri — sagt Ullmann, Dolus etc. S. 29 — ist nur das Motiv der That und kann als solches nach den Grundsätzen der modernen Zurechnungslehre keine Berücksichtigung in der Begriffsbestimmung eines Delikts und der Zurechnung desselben finden. — Über die Gewinnsucht (als Motiv der Handlung): Merkel bei Holtzd. III. S. 655 ff. § 18; über die Bereicherung auf fremde Kosten: ib. S. 658 ff. § 19 f.

[9]) Vgl. auch u. a. Hälschner I. S. 525.

[1]) Andere reden statt dessen von „Verbesserung der Vermögenslage" (so H. Meyer Lehrb. S. 576 u. a.) und dergleichen (vielleicht zu allgemeinen) Ausdrücken.

[2]) Wenn Reatz, Die Schenkung, in den Gutachten aus d. Anwaltstand über d. Entw. e. b. G.B., Heft 3 S. 163, die herrschende Ansicht, dass die Schenkungsabsicht mit der Absicht der Bereicherung des Beschenkten zu identifizieren sei, bekämpft und ihm hierin Dernburg l. c. S. 288 N. 12 folgt, so beruht diese An-

Rechtsmaterien konnten wir oben auch rücksichtlich der „Vermögensbeschädigung" konstatieren; den Grund dieser Kongruenz finden wir — wie gezeigt — in der wesentlichen Gleichartigkeit des zivilrechtlich und des strafrechtlich geschützten Vermögensbegriffes.

In seinem Vermögen ist — das dürfte kaum bestritten werden können — jemand dann ungerechtfertigterweise[8]) bereichert, wenn derselbe einen Vermögenswert ohne rechtlichen Grund (sine causa, non ex iusta causa, ex iniusta c., ob turpem causam etc.) in sein wirtschaftliches Vermögen bekommen hat, obgleich das Recht diesen Zustand des Bereichertseins nicht anerkennt, ein solcher Bereicherte also durch die Bereicherung kein Recht darauf erhalten konnte und infolgedessen dem andern, auf dessen Kosten er sich bereichert hat, mit den verschiedenartigsten Klagen haftet; z. B. mit der a. furti (im röm. Recht!), condictio furtiva, condictio sine causa, actio doli ausser den Vertragsklagen etc., je nachdem in concreto die rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen hierzu gegeben sind. Also trotz jener unter Umständen sehr weitgehenden zivil- und strafrechtlichen Haftung ist eine Bereicherung des wirtschaftlichen (ja nicht des juristischen!) Vermögens vorhanden, und sie dauert bis zur Exekution. Erst diese nimmt in Wahrheit etwas aus dem Vermögen heraus; bis dahin ist es durch

---

sicht auf einer irrtümlichen, zu engen Interpretation des Begriffs der „Bereicherung". Dass dieser Begriff weiter ist, beweist für das röm. Recht allein schon l. 55 § 1 D. de furt. 47,2. [Vgl. auch die Bemerkungen in der Ausgabe der 2. Lesung des Entw. e. b. G.Bs. f. d. dtsche R. von Reatz, Berl. 1893 ff. I. Bd. 2. Heft S. 242 ff. N. 1.] Den Begriff der Schenkung stellt fest: Entw. I. § 437, II. § 463; beide Paragraphen sagen inhaltlich dasselbe, wenn auch § 437 die Absicht der Bereicherung, § 463 [jetzt § 516 ds. G.B.] die unentgeltliche Zuwendung hervorhebt, ebenso wie es ganz gleich ist, ob man für den Diebstahl etc. Bereicherung auf fremde Kosten oder unentgeltliche Zueignung fordert. Wenn man daher sagt, Bereicherungsabsicht auf Seiten des Zuwendenden sei zum Begriff der Schenkung nicht erforderlich, vielmehr falle auch eine lediglich in egoistischer Absicht gemachte Bereicherung unter den Begriff der Schenkung —, so liegt der Widerspruch klar zu Tage. Man will eben nur darauf hinweisen, dass das Motiv bei der Schenkung ebensowenig in Betracht kommt als im Strafrecht z. B. beim Diebstahl; und das allein ist richtig. Aber eine Schenkung ohne Schenkungsabsicht wäre ebenso nichtig, wie ein Diebstahl ohne diebische Absicht eben kein Diebstahl ist. Welche weitere Absichten als treibende Motive hinter der formellen Bereicherungsabsicht stecken, ist freilich für die rechtliche Beurteilung der Schenkung sowohl wie des Diebstahls irrelevant.

[8]) Für die Frage der Bereicherung an sich ist allerdings der Unterschied zwischen rechtmässiger und rechtswidriger Bereicherung unerheblich.

die Schuldverbindlichkeit (infolge der Haftung) in Wirklichkeit um nichts gemindert. (Cf. Birkmeyer, Vermögen S. 330). -- Wann wäre sonst überhaupt von ungerechtfertigter Bereicherung zu reden möglich?

Im einzelnen kann die Bereicherung auf sehr verschiedene Art bewerkstelligt werden: durch Erlangung von Vermögensgegenständen jeglicher Gattung, Geld oder sonstigen körperlichen Sachen von ökonomischem Wert, auch blosser Innehabung, soweit derselben wirtschaftliche Bedeutung zukommt, ferner Erlangung eines rechtlichen Anspruchs oder des vermögensrechtlichen Vorteils, nicht leisten zu brauchen, einen erlangten Vorteil zu behalten, Erlangung einer Sicherheit für einen (vielleicht vorher zweifelhaft gewesenen) Anspruch u. dgl. m. Am allermeisten handelt es sich in der Praxis um die Erlangung von körperlichen Vermögensstücken: Diebstahl, Unterschlagung, Raub sind nur an solchen denkbar. Alle Vermögensvorteile müssen aber für den Begriff der Bereicherung — ganz oder teilweise — ohne Äquivalent oder unentgeltlich erlangt sein[4]).

Noch viel weniger oft als eine wirklich vorhandene Vermögensbeschädigung verlangen die Bereicherungsdelikte in ihrem Thatbestand eine effektive, ziffermässig auszudrückende Bereicherung des Thäters. Darum lautet auch hier die Frage nicht bloss, ob eine Werterhöhung des Vermögens oder eine Bereicherung wirklich eingetreten ist, sondern in den weitaus meisten zur Aburteilung kommenden Fällen so, ob eine Bereicherung eingetreten sein würde, wenn der Thäter seine Absicht erreicht hätte, — eine Frage, welche wie die nach der Vermögensbeschädigung wiederum nur individuell beantwortet werden muss, indem der objektive Wert zum Massstab dient[5]). Infolgedessen sprechen die meisten Bereicherungsdelikte in ihrem Thatbestand (ihrer Legaldefinition) bloss von einer auf Bereicherung gehenden Willensrichtung des Verbrechers, z. B. Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, sich eine Sache rechtswidrig zuzueignen[6]).

---

[4]) So die gemeine Meinung; dagegen H. Meyer; s. S. 196 N. 1 dsr. Abhdlg. — Vgl. auch Waag im Gerichtss. XXXI. S. 243 ff. zu dem bisher Gesagten!

[5]) Vgl. bezüglich der Erpressung: Hälschner II. 1 S. 382.

[6]) Insofern stimme ich Ullmann l. c. S. 21 f. bei, dass es nicht darauf ankomme, ob der fur einen Vorteil auch wirklich aus seiner Handlung gezogen hat — abgesehen von dem Bruch des fremden und der Schaffung des eigenen Besitzes, was an sich schon als Vorteil in diesem Sinne zu qualifizieren ist.

Die strafrechtliche Zueignung und deren Verwendung im positiven Recht.

§ 23.

Innerhalb der Bereicherungsdelikte spielt der Begriff der „Zueignung“ die wichtigste Rolle. Am ausführlichsten hat sich in letzter Zeit über dieses Thema geäussert: W. Lauterburg in seinem schon mehrfach zitierten Aufsatz: „Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung etc.“ in der Zeitschr. f. Schweizer Strafr. VI. (1893) S. 169 ff.[1]). — So sagt derselbe a. a. O. S. 173 u. a.: Das positive Strafrecht operiert mit einem allgemeinen Begriff der Zueignung, welcher den natürlichen Ausgangspunkt für die Abgrenzung der verschiedenen Zueignungsdelikte bildet. Derselbe ist kein strafrechtliches Gebilde[2]), überhaupt kein ausschliessliches Werk des Rechts. Kein Gesetzbuch gibt eine dem natürlichen Zueignungsbegriff zuwiderlaufende juristische Definition der Zueignung. Die juristischen Zueignungsbegriffe enthalten stets alle Begriffsmerkmale der Zueignung im natürlichen Sinn und ausserdem freilich noch andre, nach welchen das Recht die einzelnen Thatbestände würdigt, d. h. mit Rechtsfolgen versieht. Soweit Lauterburg a. a. O. — Was haben wir jedoch unter Zueignung im natürlichen und im rechtlichen Sinn zu verstehen?[3])

Von der Wortinterpretation ausgehend müssen wir den Ausdruck „(sich) zueignen“ identifizieren mit „(sich) zu eigen machen“, d. h. im Sinne des Juristen: etwas „in das Eigentum bringen“, wie z. B. durch die civilrechtliche Okkupation einer res nullius. Ganz anders, wenn man im vulgären Sinn von Zueignung spricht. Und dass eben-

---

[1]) Vgl. jedoch zum Folgenden auch Rotering, Über die Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 des St.G.B., im Gerichtss. Bd. 36 (1884) S. 520 ff., 561 ff.

[2]) Nicht jede Zueignung ist strafbares Handeln, auch nicht jede Vermögenszueignung. Zueignung drückt noch nichts Strafbares, überhaupt nichts Deliktisches aus. Das Deliktische liegt in der Verbindung des Zueignungsaktes mit gewissen Umständen; Lauterburg l. c. S. 192.

[3]) Über das Verhältnis des „Sich-zueignens“ zu dem „An-sich-bringen“ des § 259 St.G.B., welch letzterer Begriff auf eine abgeleitete (derivative) Erwerbsart hindeutet, s. R.G.Entsch. in Strafs. IX. S. 199; Oppenhoff § 259 N. 18. — Dass „Zueignung“ „Handeln“ ist und als solches ein äusseres und ein inneres Moment (Thathandlung und Absicht) enthält, braucht wohl nicht hervorgehoben zu werden.

sowenig im Strafrecht der Begriff der Zueignung jene civilrechtliche Bedeutung gleich Okkupation haben kann, kann nicht geleugnet werden und geht schon daraus hervor, dass z. B. der Dieb, der Räuber etc. durch das Verbrechen nie legales Eigentum zu erlangen vermag, sondern dass ihn die Rechtsordnung daran hindert. Der Dieb weiss, dass er durch seine Handlung kein Eigentumsrecht erwirbt; er will das auch nicht, zumal ihm am blossen (abstrakten und formalen) Eigentumsrecht gar nichts liegt: Dies beweist er ja schon durch seine rechtswidrige Handlung[4]). — Somit ist die im Civilrecht gangbare Bedeutung des Zueignungsbegriffes hier unanwendbar, und die Ausdrucksweise des Gesetzes in den bekannten §§ 242, 246, 249 ist schon deshalb — zum mindesten juristisch — verfehlt[5]).

Nur im Hinblick darauf hat Lauterburg recht, wenn er l. c. S. 173 f. betont: „Vor allem mache man sich von der Vorstellung los, als habe Zueignung oder Vermögenszueignung (ich ergänze: nur im Strafrecht und in der vulgären Bedeutung gegenüber dem Privatrecht!) begrifflich etwas mit Erlangung des Eigentums (sc. -Rechts) zu thun. Die Zueignung kann auf letztere hinzielen, braucht es aber nicht. Der Handelnde machte vielleicht in der That durch Zueignung einen wirklichen oder vermeintlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung geltend, und der Dieb hoffte vielleicht, an dem gestohlenen Gut durch Verzicht des Berechtigten, durch Ersitzung oder Verarbeitung mit der Zeit Eigentum (sc. = Recht) zu erwerben. Dies alles gehört jedoch nicht zum (sc. strafrechtlichen) Begriff der Zueignung.“ — „Zur Zueignung gehört — wie Lauterburg weiter a. a. O. S. 174 ausführt — allerdings eine bestimmte Zweckrichtung; dieselbe weist indessen begrifflich hin nicht immer auf Eigentum (sc. im Strafrecht), aber immer auf Besitz, genauer: auf die Vorteile, welche der Besitz bringt. Die Zueignung ist, wie der Besitz, ein wirtschaftlicher Begriff.“ (Vgl. oben S. 18.) „Besitz“ aber ist eine unter Umständen rechtserhebliche (rechtswidrige oder rechtlich zugelassene) wirtschaftliche Thatsache, ein wirtschaftlicher Erfolg, — „Zueignung“ ein unter Umständen rechtserhebliches wirtschaftliches Handeln,

---

[4]) Denn der Dieb will die Sache haben, obwohl er weiss, dass sie nicht die seine ist. Cf. Hälschner l. c. II. 1 S. 291.

[5]) Unter gewissen Voraussetzungen kann allerdings ein Verbrechen geeignet sein, Eigentum oder ein anderes Vermögensrecht zu begründen, wie dies z. B. möglicherweise bei Unterschlagung, sowie bei Betrug und Erpressung der Fall ist.

welches abzielt auf die mit jenem Erfolg verbundenen Vorteile, zusammenfassbar in dem „Für-sich-haben“[6])[7]). Rechtserhebliche Zueignung ist nur vorhanden, wenn das Objekt derselben jedenfalls nicht dem Handelnden gehört; Verfügungen über eigene Sachen sind keine Zueignung in diesem Sinn. Ist die Sache herrenlos[8]), dann civilrechtliche Okkupation; gehört die Sache einem andern, dann strafrechtliche Zueignung. Die Zueignung selbst kann in der mannigfachsten Weise bewirkt werden. —

Wenn wir speziell die strafrechtliche Zueignung ein wirtschaftliches, ökonomisches Handeln nennen, welches auf ökonomische Vorteile abzielt[9]), so dürfen wir uns aber auch nicht scheuen, daraus für unsre Frage die nötigen Konsequenzen zu ziehen.

Es ist ein bekannter Erfahrungssatz, der auch uns im Laufe dieser Darstellung schon begegnet ist, dass das Recht seine Begriffe vielfach dem wirtschaftlichen und natürlichen Leben entlehnt, z. B. „Vermögen“, „Sachen“, „Mobilien“ (cf. § 242 ff.), „Besitz“ (cf. §§ 242 und 246 etc.) und dergl. In allen solchen Fällen wird dem juristischen Sprachgebrauch[10]) ein unjuristischer oder vulgärer gegenüberstehen. Namentlich wird es Aufgabe eines für die Masse des Volks geschriebenen Gesetzbuchs sein müssen, sich frei zu halten von juristischen Kunstausdrücken, die von dem Laien nicht verstanden werden können.

---

[6]) Lauterburg S. 179: „Wer sich eine fremde Sache zueignet, will sie vorsätzlich nicht nur vollständig seiner (sc. faktischen) Beherrschung unterwerfen, sondern die Sache auch für sich „haben“ als unmittelbaren Thaterfolg“, rem sibi habere.

[7]) „Insofern nun das positive Recht die bei der Zueignung erstrebten Vorteile aus dem Besitz zusammengefasst und anerkannt hat als Inhalt und Ausfluss des Eigentumsrechts, erhält [ich ergänze: auch] der [scil. strafrechtlich relevante] Zueignungsbegriff juristisch in der That eine gewisse Beziehung zum Eigentum“; Lauterburg l. c. S. 174 f. Vgl. jedoch auch die vorhergehenden Seiten dsr. Abhdlg! „Noch in anderer Richtung erhält die Zueignung eine begriffliche Beziehung zum Eigentum und zwar eine negative, nämlich dadurch, dass man, juristisch gesprochen, zwar sowohl eigene als fremde Sachen besitzen, hingegen nur fremde, d. h. nicht eigene, Sachen (incl. herrenlose) sich zueignen kann“; Lauterburg l. c. S. 175.

[8]) D. h. noch nicht oder nicht mehr Gegenstand fremden Eigentums.

[9]) Ein weiterer Endzweck des Handelnden ist für den Begriff der Zueignung ohne Bedeutung. — Cf. Binding, Normen II. (1877) § 69 S. 539 ff.: „Der Vorsatz bei Unterschlagung, Besitzentwendung, Diebstahl und Raub.“

[10]) Nur dieser (so auch der juristische Zueignungsbegriff) passt sich sonach den rechtlichen Beziehungen an.

§ 24.

Was nun das deutsche Str.G.B. angeht, so haben wir gesehen, dass ihm nicht bloss der juristische Begriff des „Vermögens" fremd ist; fremd ist ihm auch die „Zueignung" im juristischen (namentlich zivilrechtlichen) Sinn. Wo daher das R.Str.G.B. diesen Ausdruck verwendet, haben wir darunter die Zueignung im ökonomischen Sinn zu begreifen, welche in einer Vermehrung des wirtschaftlichen Vermögens, also in einer Bereicherung besteht[1]). —

Ein „Sichzueignen" sieht § 246 als Deliktshandlung[2]) vor; derselbe spricht von keiner besonderen Absicht, während das Gesetz bei Diebstahl und Raub Handeln in Zueignungsabsicht zur Strafbarkeit verlangt. Die Absicht bei der Unterschlagung geht im Vorsatz auf, und weitere Absichten lässt das Gesetz da unberücksichtigt.[3]) — „In neuester Zeit — sagt Lauterburg a. a. O. S. 203 f. — macht man sich daran, (scil. ähnlich der Bestimmung des R.Str.G.B.) die Unterschlagung zum einheitlichen Deliktsbegriff der reinsten Erscheinungsformen strafbarer Zueignung auszubilden."[4]) Das R.Str.G.B. macht „die Unterschlagung zum einheitlichen Delikte der reinen strafbaren Zueignung fremder Eigentumsgegenstände"[5]). Die einfache Unterschlagung des § 246 ist daher die „Grundform der strafbaren Zueignung"[6]). „Dadurch gibt das Strafgesetz — fährt Lauterburg

---

[1]) Zum Folgenden vgl. Lauterburg S. 201: „Durchweg findet die dolose rechtwidrige Vermögenszueignung strafrechtlich verschiedene Würdigung, je nachdem sie unter den einen oder andern näheren Verumständungen erfolgt . . ." Darauf beruht die gesetzliche Abgrenzung der verschiedenen Formen strafbarer Vermögenszueignung.

[2]) Wie mancherlei die Aneignungshandlung beschaffen sei, kommt für unsre Frage nicht in Betracht.

[3]) Cf. Lauterburg l. c. S. 181 und S. 83 N. 9 dsr. Abhdlg.

[4]) Vgl. auch K. Lueder, Entwicklung des selbständigen Begriffs der Unterschlagung im älteren deutschen Recht. Diss. Erl. 94 [darüber L. Günther in d. Zeitschr. XV. S. 681 No. 8].

[5]) Die Strafgesetze von Frankreich und der französ. Schweiz, sowie Österreich sind noch nicht so weit; cf. Lauterburg l. c. S. 204, 213. — Sonst kennen die heutigen Strafgesetzgebungen kein allgemeines Delikt strafbarer Vermögenszueignung.

[6]) Cf. l. c. S. 215: „Thatsächlich bedrohen alle (?) Gesetzgebungen in der . . . Unterschlagung den vorsätzlichen Angriff auf das Eigentum als auf die rechtliche Grundlage des Vermögens. Anders hätte die selbständige Behandlung der Unterschlagung wenig Sinn . . .". [Eigentumsdeliktstheorie!]

S. 216 fort — einen rationellen Ausgangspunkt für die grundsätzliche Betrachtung der verschiedenen Zueignungsdelikte." Die Unterschlagung wäre deshalb in den Strafgesetzen und Strafrechtslehrbüchern allen andern Zueignungsdelikten voranzustellen.

Neben Fällen der Zueignung berücksichtigt das Strafrecht Fälle von Handeln in Zueignungsabsicht selbständig, bildet dieselben als besondere Thatbestände aus und bedroht sie mit Strafe[7]). „Da macht dann die Zueignung ihrerseits Inhalt und Ziel einer bethätigten, aber über den objektiven Thatbestand hinausreichenden Absicht aus, meist ohne im darauffolgenden Stadium einer objektiven Verwirklichung weitere Würdigung zu finden."[8]) Es ist lediglich eine Ungenauigkeit im Ausdruck, wenn auch rechtserhebliches Handeln in Zueignungsabsicht die Wissenschaft Zueignung[9]) nennt; denn das (diebische und räuberische) Wegnehmen ist an sich noch gar nicht Zueignung[10]), zumal R.Str.G.B. hierbei auf dem Boden der Apprehensionstheorie steht. Das vorsätzliche Wegnehmen in Zueignungsabsicht kann allerdings vorrücken zur (vollendeten) vorsätzlichen Zueignung.

Ausser der diebischen[11]) und räuberischen Zueignung spricht man von betrügerischer,[12]) erpresserischer, ausbeutender[13]) (oder wucherischer) Vermögenszueignung.

---

[7]) Cf. l. c. S. 180. Die Vorbereitung des beabsichtigten Erfolgs kann kraft spezieller Gesetzesvorschrift bereits strafbares Delikt sein. So ist der Diebstahl selbständig strafbare qualifizierte Vorbereitung rechtswidriger Zueignung. Das positive Recht hat den Zeitpunkt seiner Vollendung zurückgeschoben.

[8]) l. c. S. 182.

[9]) Wir können dies Zueignung im weitern Sinn nennen.

[10]) So die herrschende Ansicht: Binding, Normen II. S. 454; Olshausen II. § 242 No. 33; Lauterburg l. c. S. 181—183 etc. — Dagegen Hälschner l. c. II. 1 S. 289 ff. § 79, S. 300 Note 1 und S. 304 N. 1 a. E.; nach ihm folgt die Zueignung nicht dem Wegnehmen (= apprehendere) nach, sondern das Wegnehmen ist selbst Zueignung, wenn es in der entsprechenden Absicht verübt wird; ihm folgend v. Hippel, Ist Diebstahl an fliessendem Wasser möglich? Diss. Halle a. S. 1895 S. 30 unten.

[11]) Zerfällt in „diebliches Nehmen" = Diebstahl und „diebliches Behalten" = Unterschlagung.

[12]) Wird bisweilen eingeteilt in „betrügliches Nehmen" = Betrug und „betrügliches Behalten"; als solches wird die Veruntreuung in einigen Gesetzbüchern, z. B.

§ 25.

Hinsichtlich des Objekts der Zueignung müssen wir auf das zurückgreifen, was wir oben in Betreff des Vermögens und seiner Bestandteile ausgeführt haben. Alle Vermögensbestandteile, mögen es Sachen (daher Sachzueignung), Ansprüche, Rechte oder Forderungen sein, können nämlich Objekt der Zueignung im engern und im weiteren Sinn (unter welch letzterem Ausdruck wir das Handeln in Zueignungsabsicht verstehen) sein, sofern jene Bestandteile von der Person des Berechtigten bzw. von deren Vermögen losgetrennt werden können oder — was dasselbe bedeutet — sofern ein thatsächliches, vom Recht loslösbares Besitzverhältnis an ihnen möglich ist, wie es zum allgemeinen Begriff der Zueignung gehört. (Cf. Lauterburg l. c. S. 187.) In diesem Sinne, wo es sich um Zueignung von Vermögensbestandteilen handelt, kann man von Vermögenszueignung[1]) sprechen; die strafrechtliche Zueignung ist bereits nach obigen Ausführungen immer Vermögenszueignung und zwar auch in dem Sinn, dass der dem fremden Vermögen entzogene Vermögensbestandteil dem eigenen einverleibt wird, sonach das fremde Vermögen um jenen Bestandteil vermindert, das eigene vermehrt ist.

Code pénal und ihm folgenden Str.G.-Büchern der Schweiz, charakterisiert. (Cf. Lauterburg S. 205.) „Betrügliches Behalten" ist nach österr. Str.G.B. § 201 litt. c. die Fundaneignung (cf. l. c. S. 207).

[1a]) Lauterburg S. 201 Note 2: „Die Ausbeutung . . . ist ein wissenschaftlicher Sammelbegriff für gesetzlich verschieden bezeichnete und verschieden gewürdigte Handlungen, von denen heute unter Strafe stehen namentlich Wucher, Übervorteilung Minderjähriger, verbotenes Glücksspiel."

[1]) Lauterburg a. a. O. S. 183 f. definiert folgendermassen: „Vermögenszueignung im weiteren Sinn ist vorsätzliche Entziehung fremder Vermögensbestandteile aus der Rechts- (?!) sphäre einer andern Privatperson (?) in der Absicht, die betreffenden Vermögensbestandteile für sich zu haben . . . Die eigentliche Vermögenszueignung bildet demnach diejenige vorsätzliche Entziehung fremder Vermögensbestandteile aus der Rechtssphäre (?) einer andern Privatperson (?), wodurch die betreffenden Objekte absichtlich ohne weiteres (was dürfte dieser vage Ausdruck bedeuten?) fremdem Vermögen entzogen und der eigenen Vermögenssphäre einverleibt werden . . .". S. 184: „Sie definiert sich somit als vorsätzliche Entziehung fremder Vermögensbestandteile aus dem fremden Vermögen unter absichtlicher Ausübung eigener Vermögensgewalt an denselben." — Ibid.: „Das Objekt der Vermögenszueignung ist ein Bestandteil fremden (nicht des eigenen) Vermögens."

Was nun das erwähnte thatsächliche Besitzverhältnis anlangt, so ist ein solches an einem Recht an sich undenkbar. Man spricht wohl von „Rechtsbesitz“ im Civilrecht (cf. Dernburg Pand. I. § 190 f., Windscheid I. §§ 151, 163 f. etc.), aber es wird allseitig anerkannt, dass der Ausdruck „wenig entsprechend“ ist. (Cf. Windscheid l. c. (6. Aufl. 87) S. 547 oben.) So sagen denn auch die röm. Rechtsquellen meistens in derartigen Fällen eines sog. Rechtsbesitzes nicht iuris possessio, sondern (iuris) quasi possessio, während in andern Stellen die Möglichkeit einer possessio an Rechten als solchen und andern unkörperlichen Sachen ganz geleugnet wird. (Arg.: die bei Windscheid l. c. § 151 S. 492 f. Note 1 allegierten Quellenstellen.) Man besitzt in Wahrheit nicht das Recht als solches, als etwas Immaterielles und in der körperlichen Erscheinungswelt nicht Existentes, sondern nur die Möglichkeit (= faktische Möglichkeit) seiner Ausübung, seinen Inhalt und Gegenstand mit oder ohne vorhandene Berechtigung (= rechtliche Möglichkeit). Ebenso kann man höchstens Inhalt und Gegenstand eines Rechts sich zueignen, z. B. eine Sache (= körperliche Sache), ein geistiges Erzeugnis, einen Anspruch, eine Forderung und dgl. An andrer Stelle wurde darüber schon des näheren gesprochen, wenn auch allerdings in anderm Zusammenhang (cf. oben S. 16 ff., 43 ff., 82). Ferner ist mit Rücksicht darauf, dass — wie hervorgehoben — die strafrechtliche Zueignung ein ökonomisches Handeln, abzielend auf Vermehrung des ökonomischen Vermögens, involviert, hingegen blosse abstrakte Rechte oder Befugnisse dieses wirtschaftlichen Charakters insofern entbehren, als sie an sich das ökonomische Vermögen um nichts vergrössern, — eine Zueignung von Rechten gleichfalls unmöglich. Ebenso ist die sog. „Anmassung“ eines Rechts, z. B. des Eigentumsrechts[2]), — auch darauf haben wir gelegentlich schon hingewiesen — bloss Anmassung seiner Ausübung, seines Inhalts und Gegenstands, z. B. des Eigentumsbesitzes, der allgemeinen thatsächlichen Herrschaft über die Sache mit ihren (wirtschaftlichen) Vorteilen. „Wir sind daher — sagt Lauterburg a. a. O. S. 188 — für die Lehre vom Objekt der Vermögenszueignung nicht sowohl auf die Vermögensrechte, als vielmehr auf die wirtschaftlichen Gegenstände der zum Vermögen gehörigen Machtbeziehungen hingewiesen, und zwar selbst da, wo das

---

[2]) Darum gibt es z. B. keinen Diebstahl an einem Recht, Eigentumsrecht, Jagdrecht etc.

Strafrecht die Zueignung als Gefährdung oder Verletzung bestimmter Vermögensrechte [aus bereits aufgeführten Gründen würde ich lieber sagen: „Vermögensinteressen"] mit Strafe bedroht." [3])

[3]) Lauterburg sagt a. a. O. weiter: Die rechtswidrige Zueignung könne einen Angriff auf zu Grunde liegende Vermögensrechte, z. B. Eigentum, enthalten, so dass das betreffende Recht die Bedeutung eines (entfernteren, indirekten) Deliktsobjekts, eines strafrechts-erheblichen Angriffsobjekts gewinne. Die Auffassung Lauterburgs ist nicht ganz klar; denn da eine Zueignung im strafrechtlichen Sinn begrifflich nur an solchen Sachen möglich ist, welche in fremdem Eigentum sich befinden, also Objekte fremden Eigentumsrechtes sind, so entsteht die Frage, ob denn unter diesen Verhältnissen das Eigentumsrecht nicht in jedem Falle rechtswidriger Zueignung als „Angriffsobjekt" in Betracht zu kommen hat. — Die Meinung Lauterburgs a. a. O. S. 189: „Sachen sind ausschliesslich im Vermögen eines Eigentümers, folglich nur als Gegenstände fremden Eigentums fremde Vermögensbestandteile, d. h. Objekte der Vermögenszueignung", wurde bereits oben S. 29 f. besprochen. Daran ist nur soviel zuzugeben, dass eine strafrechtlich relevante Vermögenszueignung nur an Gegenständen fremden Eigentums denkbar ist, aber nicht, dass Sachen nur als Gegenstände fremden Eigentums Bestandteile fremden (ökonomischen) Vermögens seien, m. a. W., dass Eigentumsobjekte und Vermögensbestandteile identische Begriffe sein sollen.

Zweiter oder besonderer Teil:

Eigentums- oder Vermögensdeliktstheorie?



EINLEITUNG.

Die Eigenschaften des Handlungsobjekts „Sache“.

§ 26.

Den Ausgangspunkt unsrer folgenden Betrachtung, wobei wir die Handlungsobjekte der einzelnen in Betracht kommenden Verbrechen genau zu fixieren versuchen wollen, um hieraus auf die Art der vermögensrechtlichen Interessen, gegen welche die betreffenden Delikte ihren Angriff richten, zu schliessen und hierbei die Fragen noch zu beantworten, welche wir bisher als ungelöst zurückstellen und späteren Erörterungen vorbehalten mussten, lassen wir begreiflicherweise diejenigen Verbrechen bilden, bei denen wir aus dem Gesetzbuch selbst Anhaltspunkte für die Beantwortung unsrer Frage nach dem Objekt bei den Vermögensdelikten entnehmen zu können glauben. Es sind das zugleich diejenigen Delikte, welche sowohl in der Doktrin — weil sich eine Menge andrer Deliktsthatbestände mehr oder minder eng an sie anschliessen — als in der Gerichtspraxis — weil sie täglich in Hunderten von Fällen Gegenstand der Aburteilung werden — das grösste Interesse für sich vindizieren. Nicht bloss als Dissertationsfragen beliebt, sondern selbst von den hervorragendsten Kriminalisten, ja sogar Civilisten, zum Gegenstand kürzerer oder ausführlicherer Abhandlungen gewählt, haben diese Deliktsthatbestände eine Menge litterarischer Erzeugnisse hervorgerufen, dass es bald auch hier — wie bei Abhandlungen über römisch-rechtliche Materien — einem leicht passieren kann, etwas, was ein andrer bereits vorher gesagt hat, ohne Kenntnis hiervon zu sagen.

Hierhin gehören Sachbeschädigung sowie die drei sog. Aneignungsverbrechen (bisweilen, z. B. von Klien, Ullmann, Merkel etc., Bereicherungsdelikte genannt): Diebstahl, Unterschlagung und Raub und die mit den genannten vier Verbrechensarten verwandten Thatbestände.

Bei allen diesen ist das Objekt stets ausdrücklich im Thatbestand der einzelnen Delikte als Definitionsobjekt — ja sogar zugleich als grammatisches (Akkusativ-)Objekt — verwendet. Es ist bei den Aneignungsverbrechen jedesmal eine „fremde bewegliche Sache", die ausserdem bei Diebstahl und Raub in fremdem Besitz oder Gewahrsam stehen muss[1]), damit überhaupt von einem „Wegnehmen", Brechen des fremden Gewahrsams etc.[2]), gesprochen werden kann. Die „Sache" muss also neben der juristischen Qualität der Fremdheit[3]) natürliche

---

[1]) Vgl. Olshausen II. § 242 No. 14 ff., § 249 N. 3 b; Rüdorff § 242 N. 6 ff., § 249 N. 2; Oppenhoff § 242 N. 16 ff., § 249 N. 2; v. Schwarze § 242 No. 9 ff; Merkel bei Holtzd. III. S. 636 ff. § 8 ff., S. 716 § 2; Hälschner a. a. O. II. 1 S. 283 ff.; H. Meyer § 89 S. 551 ff. sub No. 3; v. Liszt (7. Aufl. 1896) S. 416 f. sub III.; Dickel, Thatbestand des Diebst. S. 29 ff.; J. Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? Giessener Diss. Heppenheim a. d. B. 1894, S. 11 ff.; Rotering, Über Gewahrsam im Sinne des § 242 des Str.G.B., Gerichtss. 35 S. 350 ff., und Gewahrsam, Befriedigung und Mitgewahrsam im Sinne der §§ 242, 246, ib. Bd. 38 S. 290 ff.; Römpler, Der Begriff des Gewahrsams (Göttingen 1894) und die dortselbst zitierte Litteratur. — Meyer l. c. S. 551 unten: „Gewahrsam ist . . . dasjenige Verhältnis einer Person zu einer Sache, wonach dieselbe willens (ebenso: u. a. Ullmann, Hälschner l. c. S. 284, Olshausen l. c. N. 16; anders: Römpler l. c. S. 35 ff., nach welchem das rein äussere Verhältnis genügt in Verbindung mit den Anschauungen des Lebens) und imstande ist, über dieselbe mit Ausschluss andrer zu verfügen." — Vgl. noch A. Hess, Besitzen heisst gesichert sein. Hamburg 1895 [v. Hippel i. d. Zeitschr. XVI. S. 646; Ofner i. Jur. Litt.-Bl. No. 76 v. 4. Juli 1896 S. 142 f.].

[2]) Die Unterschlagung dagegen enthält nur einen Bruch des eigenen, für eine andre Person übernommenen oder überkommenen Gewahrsams.

[3]) Hierüber: Olshausen II. § 242 No. 5—11, § 246 N. 4 ff., § 249 N. 3, § 303 N. 2; Rüdorff § 242 No. 4, § 246 N. 7, § 249 N. 2, § 303 N. 4; Oppenhoff § 242 N. 6 ff., § 246 N. 2, 4 ff., § 249 N. 2, § 303 N. 6 f.; v. Schwarze § 242 No. 1 f., § 246 No. 4, § 303 No. 5; Merkel a. a. O. S. 633 ff., 693 f., 853; Hälschner a. a. O. S. 281 f. § 77 sub Ziff. 1, S. 346 f., 387; Meyer S. 533 f., 536 sub 3, 540 ff. sub 4; v. Liszt l. c. S. 415 f.; Dickel, S. 25 f.; Lehr S. 10 f.; W. v. Hippel, Ist Diebst. an fliessend. Wasser möglich? § 2, I. S. 2 f.

Handlungsobjekte der §§ 289, 168, 367,1 stehen zwar in fremdem Gewahrsam, nicht aber in fremdem Eigentum, bei §§ 168 und 367,1 überhaupt nicht im Eigentum (cf. Lehr S. 18 ff., § 3 und oben S. 30 N. 5 dsr. Abhndlg.). — Zu § 246 vgl. Mil.Str.G.B. §§ 127, 138; zu § 242: Mil.Str.G.B. §§ 127 ff., 160 f. Das Anwendungsgebiet des R.Str.G.B. (z. B. § 242) ist nämlich hinsichtl. des Objekts vielfach eingeschränkt, z. B. u. a. durch Mil.Str.G.B. § 128 in Bezug auf Sachen, die dem Beuterecht unterworfen sind. —

Eigenschaften besitzen: Körperlichkeit[4]) und Beweglichkeit (beweglich oder beweglich gemacht, so dass ihre Lage im Raum verändert werden kann)[5]). Das Gleiche gilt von der Sachbeschädigung (§ 303), nur dass hier das Objekt auch eine unbewegliche „Sache“ sein darf[6]). All dies ist ziemlich unbestritten und bedarf an dieser Stelle keiner Erläuterung. Bestritten und für unsre Darstellung von weittragender Bedeutung ist hauptsächlich bloss die Frage, ob die „Sache“ auch einen Vermögenswert repräsentieren müsse oder ob selbst völlig wertlose „Sachen“ „den strafrechtlichen Schutz der §§ 242, 246, 249, 303 etc. R.Str.G.B. geniessen.“ In dieser Hinsicht ist als 1. Heft der 1. Serie der von H. Bennecke hersgeg. „Strafrechtl. Abhandlungen des juristischen Seminars der Univ. Breslau“ in neuerer Zeit eine Schrift von C. Gebauer, „Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände“ (Breslau 1893)[7]), erschienen, in der auf Grund eingehender kritischer Untersuchung und namentlich auch auf Grund historischer Studien die erste der aufgeworfenen Fragen verneint, die zweite bejaht worden ist.

Was die Ausdrucksweise „strafrechtl. Schutz wertloser Gegenstände“ anlangt, so ist vor allem einleuchtend, dass wertlose „Sachen“ nicht etwa als „Schutzobjekte“ im bekannten Sinn, sondern höchstens

---

[4]) Hierüber: Olshausen § 242 No. 3, § 246 N. 2, § 249 N. 3, § 303 N. 1; Rüdorff § 242 N. 3, § 246 N. 3, § 303 N. 5; Oppenhoff § 242 N. 2 ff., § 246 N. 3, 3a, § 303 N. 5; v. Schwarze § 242 No. 3, § 246 No. 4, § 303 No. 4; Merkel l. c. S. 633 sub 2, S. 692 § 34 sub 1, S. 853; Hälschner l. c. S. 283 sub 2, S. 346; Meyer S. 533 f.; v. Liszt S. 414 f.; Lehr S. 5; Dickel S. 23.

[5]) Hierüber: Olshausen § 242 No. 4, § 246 N. 3, § 249 N. 3; Rüdorff § 242 N. 5, § 246 N. 3; Oppenhoff § 242 N. 13—15, § 246 N. 3; v. Schwarze § 242 No. 4; Merkel l. c. S. 633 sub 3, S. 692 § 34 sub 2, S. 714 § 2; Hälschner l. c.; Meyer l. c. S. 540 sub 3; v. Liszt S. 416; Lehr S. 9 f.; Dickel l. c. S. 23 f.

Höchst bestritten ist z. Z. die Frage, ob der künstlich erzeugte, in einer Leitung befindliche elektrische Strom eine „bewegliche Sache“ im Sinne des § 242 etc. sei. Die Frage bejaht die Praxis: R.G.E. v. 10. März 1887 [Entsch. in Civils. XVII. S. 269]; Urt. d. Oberlandesger. München v. 15. Jan. 1895 [Entsch. ds. Ger. VIII. S. 214 ff.]. Contra: neuerdings v. Liszt (seit der 5. Aufl. 1892 seines Lehrb.); Lehr l. c. S. 5, wonach Diebstahl an Elektrizität unmöglich ist, da kein „Substanzübergang“ stattfinde, sondern bloss die elektrische Kraft angeeignet etc. werde.

[6]) Cf. ausser den zitierten: Lueder, Vermögensbeschädigung § 8 S. 52 ff.

[7]) Die erste Hälfte dieser Schrift, die historische Darstellung enthaltend, ist bereits 1892 als Breslauer Inauguralabhandlung unter dem wenig geeigneten Titel „Über den strafrechtlichen Schutz wertloser Gegenstände“ erschienen. [Lauterburg, Zeitschr. f. Schw. Str.R. VI. S. 271—273.]

als „Handlungsobjekte“ in Betracht kommen[8]) und dass aus dieser Erwägung besagte Überschrift der Gebauer'schen Abhandlung vielleicht dem berechtigten Vorwurf der Unkorrektheit ausgesetzt wäre, wenn man nicht andrerseits geltend machen könnte, der Begriff „wertlose Gegenstände“ beziehe sich gar nicht notwendig auf „wertlose Sachen“ im Sinne von fremden, beweglichen, körperlichen Sachen ohne inhärenten Wert, sondern könne mindestens ebensogut Schutzobjekte bezeichnen, die, weil sie wertlose Sachen zum gegenständlichen Inhalt haben, selbst als wertlose zu erachten sind. [Beispiel: Eigentumsrecht an einer wertlosen „Sache“ ist selbst wertlos.] Dass jedoch Gebauer an solche Möglichkeiten gedacht hat, glaube ich selbst nicht annehmen zu dürfen, zumal aus der ganzen Anlage seiner Abhandlung, die „wertlosen Gegenstände“ oder „Objekte“ und „wertlose Sachen“ im erwähnten Sinn durchgängig als identische Begriffe gebraucht, augenscheinlich nichts mit einiger Bestimmtheit auf jene Annahme hinweist. Daher ist m. E. Gebauer der Vorwurf unkorrekter Ausdrucksweise gleich beim Titel seines Werkes nicht ganz zu ersparen[9]).

Aber „vorausgesetzt, man dürfe überhaupt von strafrechtlichem »Schutz« wertloser »Gegenstände« (d. h. „Sachen“ im bezeichneten Sinn) sprechen, so kann — wie W. Lauterburg bei der Rezension der Gebauer'schen Schrift in der Zeitschr. f. Schweizer Strafr. VI. (1893) S. 272 treffend ausführt — dieser Schutz doch wohl nicht von vornherein ausschliesslich aus dem Gedanken des Eigentumsschutzes abgeleitet werden. Das Strafrecht »schützt« gegenüber gewissen Angriffen wertlose (? ein unglücklich gewählter Ausdruck, als ob eine Sache, an der ein „staatliches oder gesellschaftliches Interesse“ besteht, als „wertlos“, d. h. eines allgemeinen Interesses entbehrend, gedacht werden könnte!) Sachen im staatlichen oder gesellschaftlichen Interesse ohne irgend welche Rücksicht auf ein Eigentumsrecht. Gebauer behandelt in Wirklichkeit bloss eine Seite des strafrechtlichen Schutzes wertloser Gegenstände, nämlich den Schutz wertloser Eigentumsobjekte.“

---

[8]) Vgl. die ähnliche Ausführung v. Liszts in seiner Zeitschr. VIII. S. 152 über eine daselbst zit. Auffassung Geyers.

[9]) Es muss betont werden, dass der strafrechtliche Schutz bei den Vermögensdelikten nicht gewissen „Sachen“ als solchen, sondern dem Vermögen oder geradezu der Person als dem Subjekt des Vermögens gewährt wird oder — wie v. Schwarze in s. Komm. § 303 gelegentlich der Sachbeschädigung bemerkt — die Beschädigung nicht aus Rücksicht auf die „Sache“, sondern in Rücksicht auf deren Inhaber bestraft wird. Darum erscheint bei allen Vermögensdelikten ein „Verletzter“.

Die wertlose Sache und deren Bedeutung für unsre Frage:

Feststellung der Begriffe „Eigentums- und Vermögensdeliktstheorie“.

§ 27.

Es entsteht vor allem die Frage: Gibt es denn überhaupt wertlose Gegenstände, d. h. Objekte, die in der Anschauung des menschlichen Verkehrslebens wegen ihrer Geringfügigkeit eine Schätzung nach dem allgemeinen Wertmesser nicht zulassen?

Unter dem Minimum der Einheit der Geldskala finden sich nun allerdings selbständig existierende Elemente, aus deren Vereinigung erst unter Umständen ein Tauschwert erwachsen kann. Man denke an einen Tuchfetzen, eine Glasscherbe, eine Kaffeebohne, gebrauchte Briefmarke, ein Streichholz, Stückchen Papier u. s. w. Das nämliche Rechtsobjekt kann ferner unter gewissen Verumständungen einen Tauschwert haben, unter andern ihn verlieren und umgekehrt. Aber „namentlich in einer Zeit wie die heutige, in welcher nichts unverwertet bleibt, in welcher man aus allem etwas zu machen weiss und die Erkenntnis sich Bahn bricht, dass das, was heute fortgeworfen wird, morgen ein Kapital repräsentieren kann, erlangen naturgemäss selbst die geringsten Dinge, welche der Mensch beherrschen kann, Würdigung als Bausteine einer Vermögensmacht.“ So Lauterburg a. a. O. S. 190. In gleicher Weise äussert sich Eug. Schiffer, „Zur Lehre von Glücksspiel“, im Gerichtssaal Bd. 51 S. 200: „In Wahrheit kennt unsre Zeit Vermögenswertgegenstände (?) kaum, die nicht trotz ihrer Geringfügigkeit für breite Schichten unsres Volkes irgendwie als Vermögenswerte »in Frage kämen«. In ihr hat in der That alles seinen Preis; nicht bloss, wie so oft geklagt wird, die höchsten ideellen, sondern auch die niedersten materiellen Güter haben ihn . . . “.

Wenn dem so ist, wenn es schliesslich nur äusserst wenige Dinge geben dürfte, die einmal Objekt eines Verbrechens, eines Diebstahls etc., werden und denen schlechterdings jeglicher Wert im objektiven Sinn abgesprochen werden könnte, wann sollte es sich unter dieser Voraussetzung wohl um die Bestrafung wegen Diebstahls und dergl. an einer durchaus wertlosen Sache handeln?[1]) Warum würde sie dann

[1]) Von vielen Sachen, welche z. B. in gerichtlichen Entscheidungen als wertlose angesehen worden sind, lässt sich die objektive Wertlosigkeit nicht mit Ernst behaupten.

der Dieb überhaupt weggenommen haben? Sagt doch **Gebauer** a. a. O. S. 33 f. selbst: „. . . in der That pflegt niemand Dinge, welche für ihn ganz wertlos sind, zu entwenden, sondern höchstens zu vernichten.“ [Vgl. über **Gebauer** auch S. 153 f. dsr. Abhdlg.]

Hiernach wäre die Erörterung der Frage, ob auch eine durchaus wertlose Sache taugliches Objekt des Diebstahls etc. sein kann, ein Unternehmen, das wohl kaum der aufgebotenen Mühe einer „eingehenden kritischen Untersuchung“ lohnen dürfte; und auch ich würde den Nachweis, dass die Vermögensdelikte bloss nicht wertlose Gegenstände zu ihrem Objekt haben können, mir um so weniger im jetzigen Augenblick zur Aufgabe gestellt haben, als ja bereits durch die zitierte Schrift **Gebauers** im Einklang mit der herrschenden Meinung das Gegenteil nachzuweisen versucht worden ist, wenn nicht dieser Frage eine viel weiter gehende Bedeutung beigelegt werden müsste. Handelt es sich doch darum, festzustellen, welches das angegriffene Rechtsgut bei den auf vermögensrechtl. Interessen gerichteten Angriffen ist, um die Frage, ob die Eigentums- oder die Vermögensdeliktstheorie begründet ist, zwei Ausdrücke, die ich von **Gebauer** aus Rücksichten der Breviloquenz[2]) adoptiere, ohne damit bezüglich der scharfen Trennung und der angeblichen Unvereinbarkeit beider Theorien **Gebauers** Ansichten beipflichten und den aus den nachfolgenden Untersuchungen zu gewinnenden Ergebnissen und Folgerungen präjudizieren zu wollen[3]).

---

[2]) Nur deswegen! Denn auch die sog. Vermögensdeliktstheorie schützt Rechte, nur vorausgesetzt, dass es Vermögensrechte sind, d. h. Rechte, die sich auf Objekte beziehen, die als solche Bestandteile des Vermögens im ökonom. Sinn sind oder sein können. Bestimmungen über Sachbeschädigung, Unterschlagung, Diebstahl etc. schützen zugleich die betr. Rechte des Berechtigten an der Sache, sie schützen sie aber nicht ausschliesslich; sie schützen insbesondere nicht ausschliesslich das Eigentums**recht**. Vermögensrechte und Vermögenswerte werden zugleich geschützt durch dieselbe Strafdrohung. Wird z. B. eine Hundertmarkbanknote verbrannt, so ist der Eigentümer oder Besitzer um 100 Mk. ärmer, und auch sein Recht an der Banknote hat zu existieren aufgehört. Durch § 303 wird daher in concreto Vermögen und Recht (Eigentum) zugleich geschützt. Wird dagegen ein fremdes Zündholz etc. vernichtet, so ist hiermit auch ein Eigentumsrecht im wahrsten Sinn des Wortes vernichtet; aber wegen des mangelnden Werts derartiger Objekte ist der Eigentümer oder Besitzer um nichts in seinem Vermögen beeinträchtigt. Daher ist der Thäter straflos, da die Strafvorschriften über Vermögensdelikte Vermögen und Eigentum zugleich schützen wollen.

[3]) Ganz unbegründet sind — vom Standpunkte **Gebauers** aus — die Vorwürfe, die er l. c. S. 16 der heute vielfach üblichen Systematik des besonderen

Ich verstehe im Folgenden unter Eigentumsdeliktstheorie die herrschende Ansicht, welche ausser einigen Verbrechen gegen das wirtschaftliche Vermögen solche Delikte anerkennt, die einen Angriff auf formale

---

Teils des Strafrechts macht, indem z. B. der Diebstahl, von dem gelehrt werde, dass er sich nicht nur gegen geldwerte Sachen richte, sondern gegen alle im Eigentum überhaupt stehende Sachen, trotzdem ein Vermögensdelikt genannt und — wie z. B. von Liszt in seinem Lehrb., Birkmeyer u. a. — unter die Delikte gegen Vermögensrechte etc. klassifiziert werde. Bei dieser Polemik scheint Gebauer vergessen zu haben, was er selbst a. a. O. S. 12 und 13 ausgeführt, dass unter Vermögen gar nicht notwendig das ökonom. Vermögen verstanden zu werden braucht und thatsächlich auch nicht im angegebenen Fall verstanden wird, sondern das Vermögen im Rechtssinn. **Insofern** hat H. Meyer recht, wenn er in seinem Lehrb. a. a. O. S. 533 N. 3 i. f. meint, Gebauer sehe ohne Grund den Diebstahl an pekuniär wertlosen Gegenständen nicht mehr als Vermögensdelikt an. [Im gleichen Sinn glaubt offenbar Meyer S. 535 N. 2 gegen Olshausen II. N. 1 zu Abschnitt 26 hervorheben zu müssen: Die Sachbeschädigung ist stets Vermögensdelikt. Gleichwohl ist das punctum saliens des Gegensatzes der Meyer'schen Ansicht zu Olshausen, der dasselbe nur in andern Worten sagt, m. E. nicht recht klar.] — Überhaupt sind — allerdings wiederum nur von seinem Standpunkt — Gebauers Ausfälle gegen die Klassifizierung der Vermögensdelikte in a) solche gegen das Vermögen im juristischen und b) solche gegen das Vermögen im ökonomischen Sinn unbegründet. Denn da unter dem Ausdruck „Vermögensdelikte" sich sehr wohl solche Verbrechen auch verstehen liessen, die nicht das wirtschaftliche, sondern das juristische Vermögen zum Angriff nehmen, so ist es ein blosses Wortgefecht, wenn Gebauer statt der sogen. „Vermögensdelikte" oder „Verbrechen gegen Vermögens rechte" sagt: „Verbrechen gegen materielle Rechtsgüter", ferner statt der sog. „Verbrechen gegen das Vermögen im jurist. Sinn" S. 17 a. a. O.: „Verbrechen gegen das formale Eigentumsrecht", während er im übrigen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung den Betrug etc. unter die „Verbrechen gegen das Vermögen, d. h. gegen geldwerte Güter", also gegen das Vermögen im ökonomischen Sinn einreiht. Es handelt sich somit unter Beibehaltung des Inhalts bloss um eine minimale Änderung der äusserlichen Bezeichnungen. Gebauers Scheidung der Verbrechen gegen materielle Rechtsgüter in Eigentums- und Vermögensdelikte drückt dieselbe Sache aus und steht wesentlich auf dem Boden der herrschenden Ansicht, nur dass diese bisher noch nie gewagt hatte, die Vermögensdeliktsqualität der sog. „Eigentumsdelikte" im Gebauer'schen Sinn (wie Diebstahl, Unterschlagung etc.) zu bestreiten. (Cf. H. Meyer a. a. O.) Das rührt nur aus dem sich durch das ganze Buch Gebauers hindurchziehenden stereotypen Fehler her, dass er unter Vermögen in der Zusammensetzung von Vermögensdelikten u. dgl. immer bloss das Vermögen im ökonom. Sinn versteht und — was m. E. am meisten fehlerhaft erscheint — diese Bedeutung des Wortes auch andern, seien dies nun Schriftsteller oder Gesetze, unterschiebt. (Vgl. a. a. O. S. 15.) In diesem Sinne sprechen auch die Worte Lauterburgs zur Rezension der Gebauer'schen Schrift in der Zeitschr. f. Schw. Strafr. a. a. O. S. 272 sub 2: „Zwischen strafrechtlichem

Rechte (z. B. das rein formelle Recht des Eigentümers, des Pfandgläubigers etc.) ohne Rücksicht auf jegliche wirtschaftliche Interessen enthalten sollen, m. a. W. die Ansicht, welche auch dem formalen Eigentumsrecht z. B. über vollständig wertlose Sachen Strafschutz zuerkennt. Vermögensdeliktstheorie hingegen ist die (hier vertretene) Theorie, welche jenen Schutz auf das Vermögen im Sinne des Nationalökonomen, also auf thatsächlich und objektiv vorhandene wirtschaftliche Interessen beschränkt.

Die den Hauptgegenstand vorliegender Erörterungen bildende Frage lässt sich auch dahin formulieren: Sind der Diebstahl und die verwandten Delikte rein formale Vermögens- oder Eigentumsdelikte, d. h. blosse „Verletzungen" formaler Rechte und Befugnisse, oder aber Vermögensdelikte im eigentlichen, materiellen und natürlichen Sinn bezw. Bereicherungsverbrechen? M. a. W.: Greifen der Diebstahl und die übrigen sog. „Eigentumsdelikte" — um mit Birkmeyer zu reden — das Vermögen im juristischen oder das im ökonomischen Sinn an? —

I. ABSCHNITT.

I. Übersicht der Meinungen und ihrer Vertreter.

§ 28.

Ein gewichtiges, wenn auch nicht ausschlaggebendes Moment für Gebauers Ansicht liegt darin, dass sie die weitaus herrschende Meinung für sich hat. Die Vertreter dieser Theorie sind ziemlich ausführlich bei Gebauer, l. c. S. 69 ff., ex professo genannt. Eine kurze Übersicht derselben geben die Lehrbücher und Kommentare, gelegentlich auch J. Lehr, „An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden?" [Giessener Inaug.-Diss. Heppenheim a. d. B. 1894 [1]) S. 9.] Dies sind: Olshausen, Oppenhoff, v. Schwarze,

Eigentumsschutz und strafrechtlichem Vermögensschutz besteht nicht der scharfe Gegensatz, den der Verfasser annimmt. Eigentumsdelikt und Vermögensdelikt sind nicht unvereinbare Begriffe. Einen Gegensatz zum Eigentumsdelikt bildet nur die strafbare Vermögensschädigung. Es gibt eben noch andere Vermögensdelikte als die Vermögensschädigungen, darunter gerade die Eigentumsdelikte."

[1]) Vgl. dazu v. Lilienthal in d. Zeitschr. f. ges. St.R.W. XVI. S. 151 No. 13; Stenglein i. Gerichtss. Bd. 52 S. 317 No. 29.

v. Liszt, H. Meyer, Berner, Binding, v. Buri, Ruhstrat[2]), Bachem[3]); Schütze dagegen steht nicht ganz auf Seiten der herrschenden Theorie; desgleichen Merkel bei Holtzd. III. S. 632—634, der den Diebstahl etc. als Bereicherungsdelikt auffasst und S. 634 von einem Vermögenswert der Sache spricht, indem nach ihm eine Sache, die im Eigentum stehen solle, auch einen Vermögenswert haben müsse(?).[4]) Merkels Begründung in dieser Formulierung ist natürlich nicht stichhaltig[5]). De lege ferenda steht Merkel sicher auf dem Standpunkt der Vermögensdeliktstheorie, indem er den Diebstahl, die Unterschlagung etc. vom Gesetz als wirkliche Bereicherungsverbrechen behandelt wissen möchte, was de lege lata nach Merkel nicht geschehen ist.

Zu den bereits genannten Vertretern der herrschenden Theorie sind folgende hinzuzufügen, die (zum Teil aus sehr natürlichen Gründen) bei Gebauer nicht aufgeführt sind: Lueder [Die Vermögensbeschädigung, Lpz. 1867 S. 59 ff.] namentlich bezüglich der Sachbeschädigung[6]); Schaper [in Holtzd. Hdb. II. S. 196 f. N. 4]; Heinze; Birkmeyer[7]); J. Lehr [a. a. O. S. 6 ff.]; W. v. Hippel [a. a. O. S. 27]; v. Lilienthal (de lege lata, nicht de lege ferenda, wie Merkel a. a. O.)[8]); Janka [Das österr. Strafr. 3. Aufl. 94 S. 235]; Uhlmann [Zur einf. Sach-

---

[2]) Über Ruhstrat, Zeitschr. I. S. 383 ff., vgl. Hälschner l. c. S. 303 N. 3. Gegenüber Hälschner l. c. s. jedoch den Schluss der Rustrat'schen Abhdlg., wo er sich gegen John wendet.

[3]) Von älteren wären zu nennen: Klien, Osenbrüggen (?), Egidy, die bei Hälschner l. c. II. 1 S. 282 Note 1 zitiert werden, ferner Wächter, Birnbaum. (Über Wächter s. jedoch Hälschner S. 303 N. 3.)

[4]) „Insofern — fährt er das. fort — sind auch nach dem R.St.G. schlechthin wertlose Gegenstände hier ausgeschlossen."

[5]) Insoweit bin ich mit den Ausführungen Gebauers l. c. S. 14 f. einverstanden. — Allerdings wird eine Sache, wenn sie in jemandes Eigentum ist und als Diebstahlsobjekt in Frage kommt, doch wohl in den weitaus meisten Fällen einen Vermögenswert repräsentieren.

[6]) Ganz konsequent verfährt er jedoch nicht, indem er passim von Schadenszufügung, Schädigung fremden Vermögens etc. spricht und schon im Titel seiner Schrift die Sachbeschädigung als „Vermögensbeschädigung" bezeichnet.

[7]) Z. B. in Holtzd. R.-L. II. s. v. „Gewinnsüchtige Absicht" S. 180 ff; S. 181 l. c.: Diebstahl sei kein Bereicherungsverbrechen mehr, wie Merkel meint.

[8]) Wenn er gelegentlich der Besprechung des Stooss'schen Entw. eines schweiz. Str.G.B. in d. Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XV. S. 322 f. sagt: „Nach deutschem Recht kann jemand (sc. wegen Diebstahls) verurteilt werden, wenn er (gegen den ausgesprochenen Willen des Eigentümers) ein Streichholz wegnimmt . . .". Vgl. S. 222 dsr. Abhdlg.

beschädigung im Strafr. Diss. 93 S. 16]; Wirth [Ist Wegnahme einer fremden Sache, um sich für eine Forderung zu befriedigen, Diebstahl? Diss. 95 S. 23]; W. Lauterburg [a. a. O. S. 191], der in den wesentlichsten Punkten mit der oben kurz skizzierten Merkel'schen Auffassung übereinstimmt, seine Ansicht nur besser motiviert[9]). Ferner sind — ausser Rotering im Gerichtss. 47 S. 211 ff. (Sachbeschädigung betr.), der sich der Vermögensdeliktstheorie aber sehr nähert, indem er für das Handlungsobjekt der Sachbeschädigung mindestens einen

---

[9]) Er spricht wie Merkel von Unterschlagung, Diebstahl etc. als Vermögensdelikten, spezieller als von Fällen strafbarer Vermögenszueignung, d. h. Zueignung fremder Vermögensbestandteile. Aber jede im Eigentum einer Person befindliche Sache bilde einen Vermögensbestandteil derselben. Jedes einzelne rechtliche Aktivum einer Person, welches fähig sei, zu einer ökonomischen Verkehrsmacht irgend etwas beizutragen, sei Bestandteil eines Vermögens ohne Rücksicht darauf, ob der betreffende Gegenstand einzeln einen Vermögenswert habe oder nicht. Vermögensbestandteil sei nicht identisch mit Vermögenswert; schon deshalb nicht, weil auch herrenlose Dinge Vermögenswerte sein können. Und umgekehrt brauche nicht jeder Vermögensbestandteil für sich allein schon einen Vermögenswert auszumachen. (Lauterburg l. c. S. 189.) „Jede (?) eigentumsfähige Sache, res in commercio, hat zugleich die Fähigkeit, einzeln oder mit andern einen Vermögenswert auszumachen. Jede wird daher ohne weiteres zum Vermögensbestandteil, sobald sie in das Eigentum einer Person gelangt . . . Oft wird der Berechtigte geringfügige [also nicht ganz wertlose?] Sachen derelinquieren; solange er aber sein Eigentum daran aufrecht hält, indem er die Sachen z. B. für spätere Verwendung [diese schlösse die Wertlosigkeit aus] aufbewahrt, bilden sie Bestandteile seines Vermögens." (l. c. S. 190.) „Ihre Zueignung seitens eines Nichtberechtigten kann [unter dieser Einschränkung kommt er der Vermögensdeliktstheorie sehr nahe!] deshalb einen Angriff auf das Rechtsgut des Vermögens enthalten, so gut (?) wie die unberechtigte Zueignung beträchtlicher Vermögenswerte." „Auf dem Gesagten beruht indessen auch der Unterschied zwischen Vermögenszueignung und Zueignung von Vermögenswerten." Unterschlagung ist Zueignung von Vermögensbestandteilen (= Vermögenszueignung), „weil ihr Objekt sich in fremdem Eigentum befinden muss; dagegen ist sie nicht notwendigerweise Zueignung von Vermögenswerten." (l. c. S. 191.) Wenn nun Lauterburg a. a. O. S. 190 bemerkt: „Die einzigen Sachen, welche weder Vermögenswerte noch Elemente solcher bilden, sind diejenigen, welche extra commercium stehen", so scheint diese Auffassung nur einer allzu engen Interpretation des Begriffs „Vermögenswert" entsprungen zu sein. Was nicht in commercio sich befindet, entbehrt zwar insoweit eines Tausch- oder Verkehrswertes, eines Marktpreises u. s. w.; aber die völlige Wertlosigkeit, der Mangel jeglichen Vermögenswertes ist damit noch nicht erwiesen. Man denke nur an den Fall, dass res extra c. zu einer solchen in commercio wird, was an sich gar nicht ausgeschlossen ist! Oder sollte Lauterburg den begrifflichen Unterschied zwischen „Vermögenswert" und „Vermögensbestandteil" doch nicht strenge genug auseinanderhalten? —

Affektionswert postuliert[10]), — noch hierher zu rechnen: Huber, Die Unterschlagung, 1875, S. 44, 63; Kapff, Die Unterschlagung 1879, S. 103 [bei Hälschner l. c. II. 1 S. 355 N. 1 cit. — Dagegen: v. Stemann, Das Vergehen der Unterschlagung und Untreue, 1870, S. 7 und Schwarze im Gerichtssaal 1871, S. 442].

Als Vertreter abweichender Meinungen, jedoch immer noch innerhalb der Eigentumsdeliktstheorie, nennt Gebauer a. a. O. S. 73 ff.: Hälschner, dessen Schüler Dickel, Ihering. Hälschner l. c. II. 1 S. 282 ff. und Dickel, Thatbestand des Diebstahls nach dtsch. Recht, Bonn 77, S. 27 f. finden — ähnlich wie Merkel — den von ihnen geforderten Vermögenswert schon darin gegeben, dass die entwendete Sache überhaupt als Eigentumsobjekt erscheint[11])[12]). Ihering, Rechts-

[10]) Vgl. S. 62 N. 11 dsr. Abhdlg. Wie Lauterburg und Hälschner (unten flg. N. 11) führt derselbe aber l. c. S. 214 aus: „Nur das allein entscheidet, dass ich eine Sache in ihrer Integrität haben und behalten will, — das meinen Willen bestimmende Motiv ist indifferent . . . Das Haben- und Behaltenwollen zeigt, dass die Sache für mich mindestens einen Affektions-, also (?) Gebrauchswert hat, und ich muss daher gegen einen beschädigenden (!) Angriff auf eine solche Sache geschützt werden, deren Stoffwert gleich Null ist.“ Wie kann hierbei aber von einer Schädigung noch die Rede sein? Übrigens ist der Wert des Stoffes einer Sache möglicherweise gleich oder fast gleich Null, ohne dass die Sache selbst als wertlos angesehen werden dürfte. [Beispiel: Ein Gemälde od. ein wissenschaftl. Werk als solches kann sehr wertvoll, der Wert der Leinwand und des Papiers sehr unbedeutend sein.] — Rotering befindet sich also immerhin noch innerhalb des Kreises der Eigentumsdeliktstheorie, wenn auch nahe der Peripherie.

[11]) Hälschner, a. a. O. S. 282 oben, sagt hierzu wörtlich: „Fordert man, dass die Sache einen Vermögenswert haben müsse, so ist dies zwar an sich richtig, bedarf aber der besondern Erwähnung darum nicht, weil die Sache einen solchen Wert, abgesehen von jedem Tauschwerte, schon darum hat, weil sie Eigentumsobjekt ist und der Eigentümer sie als die seine haben will.“ Dagegen mit vollem Recht: Schwarze, Komm. § 242 No. 6; Gebauer a. a. O. — Hälschners Werk, so verdienstvoll es im übrigen ist, enthält gerade in diesem Punkte eine Menge Widersprüche: Für Diebstahl, Unterschlagung etc. verlangt er Vermögensbeschädigung, bei der Sachbeschädigung bloss Verletzung des formellen Eigentumsrechts, nicht pekuniären Nachteil; gleichwohl soll eine wertlose Sache, wenn sie nur Gegenstand des Eigentums jemandes ist, taugliches Objekt nicht bloss der Sachbeschädigung, sondern auch des Diebstahls sein. — Ferner behauptet Hälschner wiederum, Diebstahl, Unterschlagung etc. haben eine Richtung gegen fremdes Eigentumsrecht, und durch Verletzung dieses Rechts trete notwendig eine Vermögensbeschädigung ein, die daher wie die Bereicherungsabsicht sowohl beim Diebstahl als bei der Unterschlagung aus allgemeinen Gründen anzunehmen sei (l. c. S. 301, 355 f.). — Aber Verletzungen des formalen Rechts allein greifen nur das Recht (des Eigentümers etc.) an, ohne den Wert des ökonom. Vermögens zu berühren: Delikte gegen das Vermögen i. jur. Sinn. Von „Vermögensbeschädigung“ kann man hingegen nur bei Angriffen auf

schutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Dogmat. Jahrbücher XXIII. (1885) S. 240 ff., gibt zu, dass auch an völlig wertlosen Sachen ein Diebstahl nach § 242 und dergl. begangen werden kann, verlangt jedoch, dass durch die diebische Handlung das Interesse des Berechtigten verletzt werde. (Gegen Ihering: Gebauer l. c. S. 77 f.) Immerhin spricht Ihering l. c. S. 243 und 244 auch von „Handelswert" des Diebstahlsobjekts und kommt damit unsrer Auffassung sehr nahe. Ferner gehört hierher: Finger, Österr. Strafr. II. S. 184 (völlig wertlose Gegenstände seien keine Sachen im Rechtssinne); Maschke, Untersuchungen z. organ. Struktur des Sachenrechts. Berl. und Lpz. 95 S. 183 ff. (cf. von Lilienthal in d. Zeitschr. XVI. S. 150 No. 12).

Ganz entschieden andrer Ansicht[13]) als die herrschende Theorie sind: E. Ullmann[14]); John in der Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. I. S. 222 ff. (bes. S. 267): „Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts" [dagegen Gebauer S. 50 ff.; auch v. Bar wendet sich in dem sogleich zu zitierenden Aufsatz mit Recht gegen manche Behauptungen Johns]; v. Bar in Bödikers Magazin f. d. dtsche Recht der Gegenwart IV. S. 1 ff. (Hannover 1884): „Über die Absicht rechts-

---

das wirtschaftliche Vermögen reden. Ebenso Gebauer l. c. S. 15 gegen Hälschner, Dickel, H. Meyer.

[12]) Temme bemerkt in seinem Lehrbuch § 218, eine Sache, die keinen Geldwert habe, sei in niemands Vermögen. Dagegen Dickel a. a. O.; Dickels Argumentation gegen die angeblich „verkehrte" Behauptung Temmes entfällt aber, sobald man sich klar macht, was wir unter „Vermögen" zu verstehen haben. Temme versteht das ökonomische, Dickel das juristische Vermögen hierunter; beide haben sonach in ihrem Sinne recht. Hier kommt es jedoch — wie wir gesehen — auf das ökonomische Vermögen an, so dass nicht die Behauptung Temmes, sondern die Argumentation Dickels sich als „verkehrt" herausstellt.

[13]) Von älteren gehören hierher die bei Hälschner l. c. II. 1 S. 282 N. 1 aufgeführten: Heffter, Krug, J. D. H. Temme a. a. O., vielleicht auch Osenbrüggen.

[14]) Im Gegensatz zu dessen 1870 in Mannheim erschienener Schrift „Über den Dolus beim Diebstahl", worin er für den Diebstahl nur Verletzung des formalen Eigentumsrechts fordert. Gleichwohl spricht derselbe Schriftsteller a. a. O. S. 19 von „Beeinträchtigung des Vermögens des dominus, insofern der Vermögenswert ein geringerer wird". Cf. eod. S. 77: „Der Mangel eines ökonomischen Werts (sc. des Objekts) benimmt der formell als Diebstahl sich darstellenden Handlung die Bedeutung eines materiellen Eingriffs in fremde Vermögensrechte und hiermit die Bedeutung eines Verbrechens gegen fremdes Eigentum; denn nur solche Eingriffe in die Rechtssphäre eines einzelnen können als wirkliche Verbrechen in Betracht kommen, durch welche bestimmte Rechte (einzelne Befugnisse) unmittelbar durch die als Verbrechen zu strafende Handlung verletzt werden." S. 79: Es „sind die Diebstahlsgesetze wesentlich zum

widriger Zueignung beim Diebstahl" [dagegen Gebauer S. 54 ff.[15])]. — Die zuletzt genannten Schriftsteller fassen — m. E. in richtiger Erwägung und Würdigung der Sachlage — den Diebstahl nebst den verwandten Verbrechen nicht bloss als Eigentumsdelikte, sondern zugleich, ja sogar in erster Reihe als (ökonomische) Vermögensdelikte auf. Dieselben setzen nicht nur eine auf Verletzung fremden Rechts, Eigentums und dergl., sondern auch — und zwar dies in erster Linie und vor allem andern, nicht bloss daneben — eine auf Beeinträchtigung fremden und (wenigstens zeitweise) Vermehrung des eigenen Vermögens in ökonomischer (faktischer) Beziehung gerichtete Absicht voraus. (Cf. insbes. v. Bar l. c. S. 19 f. und anderwärts!) Auf diese Weise scheint eine Vermittelung und Vereinbarung zwischen der Eigentums- und Vermögensdeliktstheorie, die Gebauer (u. a. l. c. S. 77) für unmöglich hält, indem er einen scharfen Gegensatz zwischen strafrechtlichem Eigentumsschutz und strafrechtlichem Vermögensschutz annimmt, nicht nur denkbar, sondern logisch notwendig, — wenn auch nicht im Sinne Lauterburgs a. a. O. S. 272 sub 2 (cit. S. 97 f. N. 3 a. E. i. ds. Abhdlg.). Es ist in der That nicht abzusehen, warum Eigentum und Vermögen zwei verschiedene Schutzobjekte sein sollen, zumal wenn man berücksichtigt, dass das Eigentum doch eigentlich die rechtliche Grundlage des Vermögens bildet.

II. Die geschichtliche Entwicklung der Streitfrage.

§ 29.

Legen wir der folgenden Betrachtung in der Hauptsache die Schrift Gebauers zu Grunde! Denn er ist es, welcher ex professo, nicht bei Gelegenheit der Behandlung einer andern Materie, die „Vermögensdeliktstheorie" am heftigsten bekämpft und die „Eigentumsdeliktstheorie" am schärfsten ausgeprägt und am eingehendsten zu motivieren versucht hat[1]).

Schutze gegen jedweden (?) durch Besitzentziehung an beweglichen Sachen verursachten Schaden gegeben". [Furtum usus und possessionis bleiben aber, obwohl sie „Schaden verursachen" etc., im heutigen Recht doch meistens straflos bezw. fallen niemals unter das Diebstahlsgesetz und charakterisieren sich gleichwohl als „Besitzentziehung" etc.!]

[15]) Cf. unten S. 153 dsr. Abhdlg.

[1]) Kein Schriftsteller vor ihm hat gewagt, die Eigentumsdeliktstheorie in die äussersten Konsequenzen zu verfolgen.

In der Erwägung, dass wir im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit die im Strafgesetz einmal angewandten Ausdrücke in dubio so auslegen müssen, „wie sie ein langjähriger volkstümlicher Sprachgebrauch gebildet hat" (Gebauer a. a. O. S. 18), sucht Gebauer historisch nachzuweisen, dass der — in seinem Sinne (s. oben) auszulegende — strafrechtliche Schutz wertloser (i. e. nicht geldwerter) Gegenstände nicht neueren Ursprungs ist, sondern bereits nach den meisten früheren Gesetzgebungen vorhanden gewesen sei. Ein derartiger Nachweis ist aber um so schwieriger, je weniger wahr das ist, was man gern nachweisen möchte: Und so scheint es auch Gebauer ergangen zu sein; denn seine historische Untersuchung begründet seine Auffassung schlechterdings nicht. Im übrigen ist eine derartige historische Darstellung immerhin zur tieferen Erkenntnis des wesentlichen Kerns der Frage von Nutzen, vorausgesetzt, dass man sich hierbei stets vor Augen hält, dass aus dem Charakter, den frühere Gesetze den Vermögensdelikten beigelegt haben, auf die Natur der im heutigen Str.G.B. pönalisierten Delikte nur sehr behutsam Schlüsse gezogen werden dürfen[2]).

Für das **röm. Recht** gibt Gebauer (S. 19 ff., bes. S. 22 ff.) wenigstens zu, dass eine strafbare Entwendung (furtum)[3]) überhaupt nur vorhanden ist, sobald irgend ein in Geld auszudrückender Schaden[4]) entstanden ist. S. 34 a. a. O. (unten) stützt er sich sogar unverhohlen „auf die Unmöglichkeit des Strafschutzes [sc. wertloser Gegenstände] im röm. Recht und auf das späte Auftreten unsrer Frage." Denn wie sollte auch sonst die poena dupli oder quadrupli berechnet werden?[5]) Gleichermassen verhält es sich mit der rapina; l. 2 Inst. 4,2. — Der

---

[2]) Eine eingehende kriminal-historische Untersuchung darüber, ob der Diebstahl und die verwandten Verbrechen als rein formale Vermögensdelikte oder Bereicherungsverbrechen zu konstruieren seien, kann und soll aus naheliegenden Gründen hier nicht gegeben werden.

[3]) Das furtum als „contrectatio rei fraudulosa" ist — wie man sich richtig ausgedrückt hat — ein „weiter Sammelbegriff".

[4]) Die Schadenszufügung durch das furtum war — wie Ullmann, Dolus etc. S. 17 N. 34 bemerkt — ein Gesichtspunkt, den die französischen Rechtslehrer bei Bestimmung der fraude beim vol beobachten. — Auch bei dem eigentümlichen, in l. 60. D. de furt. 47,2, wo von der ancilla fugitiva et partus eius gehandelt wird, erwähnten Fall eines furtum ist — um mit Ullmanns (l. c. S. 17) Worten zu reden — „die bewusste Schädigung der Vermögensrechte des dominus" seitens der Sklavin widerrechtlich und das furtum begründend.

[5]) Ein Versuch des furtum etc. ist aus gleichen Gründen, solange dasselbe Privatdelikt war, im röm. Recht straflos.

Ausdruck „bona", den die Quellen als das von dem furtum und der rapina angegriffene Rechtsgut bezeichnen (arg. l. 2 § 22 f. D. de vi bon. rapt. 47,8; l. 1 pr., § 10 D. si is qui testam. 47,4; l. 12 § 2, l. 84 (83) pr. D. de furt. 47,2; l. 6 § 2 D. de re iudic. 42,1), ist allerdings für unsre Frage nicht entscheidend; denn er kann nach Birkmeyer sowohl das Vermögen im juristischen wie im ökonomischen Sinn bedeuten; jedenfalls — das haben wir bereits oben S. 15 Note 5 angedeutet — ist nicht notwendig ein Geldwert (wie bei „pretia", „pecunia", „aestimatio" in den Quellen) damit zu verbinden. Wenn auch nicht aus dem Begriff der „bona", so ergibt sich doch aus dem oben Gesagten das ökonomische Vermögen als das Angriffs- und Schutzobjekt des röm. furtum und der rapina. So ist der Sinn der soeben zitierten l. 2 § 22 D. de vi bon. rapt. 47,8 von Ulpian (= § 2 Inst. eod. 4,2) nach Birkmeyer, Vermögen S. 306 f.: „Raub und Diebstahl sind nicht sowohl Delikte gegen das Vermögen im rein juristischen Sinn, als vielmehr gegen die Werteinheit des Vermögens[6]), können daher auch gegen den begangen werden (scil. so dass er die actio vi b. r. und furti hat), der gar kein eigentliches Vermögensrecht an der gestohlenen Sache hat, aber für sie haftet, cuius periculo res est, so dass ihm mit der Sache doch ein Wert aus seinem Vermögen genommen wird." — Endlich die Aufnahme des animus lucri faciendi[7]) (des Zweckes) als Bestandteils des animus oder affectus furandi (d. h. des gesamten subjektiven Thatbestands, des Dolus im weitern Sinn) in die Legal-Definition des Diebstahls in L. 1 § 3 D. de furtis 47,2 (von Paulus) neben dem dolus malus[8]), d. h. dem Bewusstsein der Widerrechtlichkeit und dem der contrectatio naturgemäss zu Grunde liegenden Vorsatz, über die Sache

[6]) Dazu N. 686 auf S. 307 a. a. O.: „Die Richtung des furtum gegen das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn, aus der sich erst die Bestimmungen der Quellen und die Berechtigung zur a. furti, sowie die einzelnen gesetzlichen Thatbestandsmerkmale des furtum richtig erklären lassen, hoffen wir demnächst ausführlicher nachzuweisen." Leider ist diese Hoffnung bis dato nicht in Erfüllung gegangen.

[7]) Der animus lucri fac. ist (nach Ullmann) nicht gleich dem animus rem sibi habendi (= der Absicht, sich die Sache zuzueignen); er ist Motiv der Handlung oder die causa faciendi. „Diese sorgfältige Rücksichtnahme des röm. Rechts auf die nähere Beschaffenheit des Willensmoments beim furtum erklärt sich auch aus dem Standpunkt, den das röm. Strafrecht festhielt und wonach das einzelne Delikt mehr nach der Absicht und deren eigentümlichen Qualität als nach dem rechtsverletzenden Erfolge behandelt wird." (Ullmann l. c. S. 22.) Cf. Merkel bei Holtzd. III. S. 626 N. 2.

[8]) Fraudulosa i. e. dolosa contrectatio. — Vgl. Ullmann S. 9 ff., bes. N. 22.

eigenmächtig zu verfügen[9]), einerseits und die Bestimmung der l. 11 D. eod.: „Cuius interfuit (d. h. jeder Dritte, der ein Interesse hatte, also nicht allein der Eigentümer oder dinglich Berechtigte) non subripi, is actionem furti habet"[10]) andrerseits sprechen deutlich für die Ansicht, dass das durch Pönalisierung des furtum rechtlich geschützte Gut nichts andres als das wirtschaftliche Vermögen ist. An andrer Stelle wurde bereits betont, dass dieser strafrechtl. Schutz sogar dem fur selbst wie jedem possessor oder detentor[11]) der Sache zu teil wird. Sie alle haben ein rechtlich anerkanntes Interesse, dass die von ihnen besessene Sache nicht gestohlen wird[12]).

Auch bei der Sachbeschädigung ist ein mit der a. legis Aquiliae verfolgbares damnum iniuria datum nur möglich, sobald eine ungefähre Schätzung desselben in Geld noch möglich ist. Denn bei Ausmessung der in Geld zu leistenden Privatstrafe spielt der objektive Wert des beschädigten etc. Gegenstandes nach dem klaren Wortlaut der lex Aquilia die wichtigste Rolle. Und schliesslich gesteht ja selbst Gebauer S. 27 auch hierbei zu, „dass bei dieser actio (sc. legis Aquil. wegen damnum iniuria datum) stets das Interesse des Beschädigten (sc. welcher wiederum nicht mit dem Eigentümer oder dinglich Berechtigten identisch zu sein braucht) zu Grunde zu legen ist und dass, wo ein solches z. B. bei geldunwerten Sachen cessiert, auch die actio denegiert wird." M. a. W. überall bei Beschädigungen etc. von

---

[9]) Ullmann S. 10: Der Dolus beim Diebstahl deckt sich nicht mit dem animus lucri des röm. Rechts.

[10]) Cf. Ullmann, l. c. S. 12 Note 16.

[11]) Der Besitzer in fremdem Namen hat jedoch nicht immer ein vermögensrechtl. Interesse an der Innehabung, aber doch wohl in der Mehrzahl der Fälle, wo er nämlich irgendwie haftet. Vgl. das oben im Text Gesagte!

[12]) Wenn Dickel, Thatbestand des Diebst. S. 7, behauptet, zum röm. furtum gehöre alles das, was Diebstahl ist, so ist das nicht richtig, weil es, obgleich das röm. furtum fast durchgängig weiter ist als der Diebstahl, doch ausnahmsweise in der That Fälle gibt, die zwar „Diebstahl", aber nicht „furtum" sind. Man denke nur an crimen abigeatus (Tit. D. de abig. 47,14), crimen saccul ariorum (L. 7 D. de extraord. crim. 47,11), crimen effractorum, cr. directariorum (L. 7 cit.), cr. expilatorum (L. 1 § 1 D. de effr. et expil. 47,18), cr. expilatae hereditatis, cr. peculatus (soweit Sachen im Eigentum des Staates etc. den Gegenstand bilden und aus fremder Inhabung entwandt werden) — lauter delicta sui generis im röm. Recht! Die herrschende Ansicht würde natürlich hierzu den „Diebstahl" an wertlosen Sachen und ähnliche Entwendungen ohne Bereicherung auf fremde Kosten gegenüber Dickel l. c. anführen, was m. E. nicht zutrifft. Der Beweis hierfür ist Gegenstand dieses Aufsatzes.

Sachen, ohne dass ein Schaden in Geld zu ermitteln ist, findet die röm. Sachbeschädigungsklage nicht statt: Was sollte deshalb anderes das Schutzobjekt sein als das wirtschaftliche Vermögen? Dass hingegen eine a. iniuriarum wegen Zerstörung etc. wertloser Objekte oder bei der Unmöglichkeit einer Abschätzung des Schadens in Geld nach röm. Recht, sowie der (früheren) gemeinrechtlichen Praxis dort zugelassen war, sobald es sich um offenbar kränkende Äusserungen der Missachtung der Person des Berechtigten handelt (cf. z. B. l. 27 § 17 D. h. t. 9,2)[13], ist für unsere Frage ziemlich bedeutungslos. Von einem andern Gesichtspunkt aus — nur das sei bemerkt — könnten also die betreffenden Fälle wohl zur Strafe gezogen werden[14].

Abgesehen davon, dass es im Rahmen einer strafrechtlichen Arbeit zu weit führte, des näheren auf die röm. Rechtsverhältnisse einzugehen, ist es mir unbegreiflich, welchen Beweis Gebauer auf den zehn Seiten, worin er das röm. Recht in dieser Hinsicht behandelt, für seine Ansicht erbracht zu haben glaubt. Aber — um bloss einen von ihm weit ausgesponnenen Punkt herauszugreifen — gesetzt, das röm. Recht hätte den animus lucri faciendi im Sinne Gebauers und Rosenbergers (bei Gebauer zitiert) aufgefasst und erklärt[15], selbst dann wäre nach der konstanten gemeinrechtlichen Praxis, also durch das im gemeinen Recht ausdrücklich anerkannte Gewohnheitsrecht, der animus lucri als Bereicherungsabsicht oder gewinnsüchtige Absicht (somit als Motiv zum Diebstahl) und nicht als blosse Aneignungsabsicht (im Sinne der herrschenden Ansicht im Gegensatz zur Zerstörungsabsicht) wesentliches Thatbestandsmerkmal des gemeinrechtlichen Diebstahlsbegriffes. (Über die Definition des animus lucri in der gemeinrechtl. Doktrin s. Ullmann, Dolus etc. § 4 S. 34 ff.) —

Nach **älterem deutschen Recht,** das für den Diebstahl im Gegensatz zum röm. Recht das bekannte Moment der Heimlichkeit der That verlangt, sowie nach der spätern Rechtsbildung scheiden alle

---

[13]) Vgl. u. a. Ihering, Jahrb. a. a. O. XXIII. S. 155 ff.; E. Landsberg, Iniuria und Beleidigung. Eine Untersuchung üb. d. heut. Anwendbarkeit der actio iniuriarum aestimatoria. Bonn 1886 (speziell S. 50 f. sub VI., S. 60 f., 103 f. und anderwärts); Dernburg, Pand. II. § 137; Windscheid II. § 472.

[14]) In diesem Sinne sind die Worte Gebauers l. c. S. 28 zu verstehen, das röm. Recht sei nicht so engherzig gewesen, den Strafschutz auf geldwerte Objekte zu beschränken, es habe vielmehr vielfach auch sog. wertlosen Gegenständen strafrechtlichen Schutz gewährt. — Vgl. auch v. Bar l. c. S. 19.

[15]) Vgl. Merkel bei Holtzd. III. S. 626 N. 2; (Ullmann S. 20 unten).

jene Thatbestände von dem Begriff des Diebstahls aus, welche als Angriffe auf das ökonomische Vermögen schlechterdings nicht charakterisiert werden können, nämlich die Wegnahme einer völlig wertlosen Sache, die Wegnahme einer Sache, um Selbsthilfe zu üben (vgl. die ausdrückliche Entscheidung im Sachsenspiegel III. 43 § 1), die Wegnahme einer Sache mit Hinterlegung des vollen Preises.[16]

Die Wegnahme einer Sache lediglich in der Absicht der Zerstörung fiel unter den allgemeinen Begriff des Friedebruchs, indem das ältere deutsche Recht nur wegen einzelner Fälle der heute sog. Sachbeschädigung strafte[17]. — Bei allen derartigen Vermögensverbrechen verlangte das altgermanische Strafrecht von jeher einen wirklichen Schaden. Mit Recht betont daher Merkel (bei Holtzd. III. S. 624 f.): „Ausser Frage dürfte es aber sein, dass die Absicht einer Bereicherung auf fremde Kosten von Anfang an und allezeit als ein wesentliches Merkmal des Diebstahls im Sinne des deutschen Rechts erscheint."

Gebauer bemerkt S. 29, die **Peinl. Gerichtsordnung** von 1532 habe in ihrem Art. 157 wohl auch die Diebstähle an Objekten ohne Verkehrswert umfasst. Als Strafe für den (ersten, heimlichen) geringen Diebstahl setzt aber jener Art. der Carolina die Zweispiel (die zwispelt, wie in der Bamberger Hals-G.O. von 1507 Art. 183 und der Brandenburger H.G.O. von 1516 Art. 183), d. h. den zweifachen Ersatz des

---

[16]) Die Einteilung des Diebstahls in grossen und kleinen findet sich bei allen german. Völkerstämmen. (Wilda, Strafr. d. Germanen, Halle 1842 S. 870; Osenbrüggen, Allaman. Strafr. Schaffhausen 1860 S. 296 und 301.) Die Grösse des Diebstahls wird namentlich in den älteren der leges barbarorum nach dem Wert des gestohlenen Viehes bemessen. (Köstlin, Der Diebst. n. dtsch. R. vor d. Carolina, i. d. krit. Überschau d. dtsch. Gesetzgebg. und Rechtswissensch. III. S. 176; Osenbrüggen S. 296.) Wer ein Pferd oder ein Rind stahl, beging einen grossen, wer dagegen ein Schwein, ein Schaf, eine Ziege oder einen Bienenkorb entwendete, einen kleinen Diebstahl (Wilda S. 875). Später entschied der Wert der gestohlenen Sache schlechthin (Köstlin S. 170 f.; cf. u. a. Lex Saxonum, tit. IV. 7 und 8). Die Unterscheidung des Diebstahls war namentlich wichtig für die Bestimmung der Strafe (Wilda S. 892, Köstlin S. 180). Bisweilen neunfacher Ersatz als Privatstrafe (Köstlin S. 183). Die Scheidung zwischen grossen und kleinen Diebstahl ist im Sachsenspiegel (3 Schillinge) und Schwabenspiegel (5 Schillinge) beibehalten.

[17]) Auch noch das gemeine deutsche Recht kennt nach der herrschenden Ansicht ein öffentliches strafbares Delikt der Sach- (Vermögens-) Beschädigung in der Regel nicht; s. Lueder, Vermögensbeschädigung S. 4 ff. § 2. Jedenfalls war das Delikt noch nicht sehr ausgebildet.

Wertes der Sache an den Beschädigten (nicht notwendig Eigentümer), fest. Der Ersatz würde in concreto bei der Entwendung einer wertlosen Sache in zweimal nichts bestehen, und das war schon damals Null[18]). — Auch im übrigen ist nicht leicht abzusehen, wie Gebauer aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, das ja in direktem Widerspruch mit seiner Anschauung steht, einen Schluss für seine Meinung gewinnen will; ist es doch seine Aufgabe, die betreffende Frage vornehmlich nach heutigem Reichsrecht zu lösen, und hat doch dazu ein Zurückgehen auf mittelalterliche Strafrechte und eine längst veraltete Doktrin, zumal wenn sie gegen die zu beweisende Theorie sprechen, sicherlich wenig Wert.

„Auch die **neuere gemeinrechtliche Doktrin** scheint Vermögenswert nicht zu verlangen", sagt Gebauer l. c. S. 32 und verweist hierfür auf Feuerbach; und trotzdem definiert dieser die Entwendung als vorsätzliche, rechtswidrige und eigenmächtige Zueignung fremden beweglichen Eigentums (d. h. beweglicher in fremdem Eigentum stehender Sachen, also Eigentum hier nicht = Eigentumsrecht) in der Absicht des Gewinnes (Feuerbach in seinem Lehrb. des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechts. 1836. § 319 S. 280 f.) Dass Feuerbach wirklich der sogenannten Vermögensdeliktstheorie huldigte, geht daraus zur Genüge hervor, dass er a. a. O. S. 287 den animus lucri definiert als die „Absicht, unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauschwert der Sache selbst sein Vermögen zu vergrössern". Dass es sich hierbei nur um das wirtschaftliche, nicht um das juristische Vermögen, welches man durch die Vermögensdelikte nicht vergrössern kann (das Nähere unten) handelt, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

Ferner Heffter, auf den Gebauer l. c. S. 34 sich zu stützen sucht, bezeichnet als Objekt der unter dem gemeinsamen Namen „Dieberei" oder „Diebheit" (als gleichbedeutend mit dem röm. furtum) zusammengefassten Delikte des Diebstahls und der Unterschlagung in seinem Lehrb. des gemeinen deutschen Strafrechts (1857 S. 388 ff.) einen „körperlichen Vermögensgegenstand". Ausserdem definiert er

---

[18]) Eine förmliche Definition des Diebstahls enthalten die genannten H.G.O.en nicht. Die Ausbildung des dtschn. Diebstahlsbegriffs war vielmehr der Doktrin und Praxis überlassen. Cf. Ullmann, Dolus etc. S. 24 f. und die das. aufgeführte Litteratur, sowie das. S. 40 f. — Die Carolina beruhte hinsichtlich des Thatbestands des Diebstahls im wesentlichen auf dem älteren deutschen Recht; Dickel l. c. S. 16 ff.

sogar nach Gebauers Angabe (ibidem) den Dolus als „Absicht, sich durch die Thatsache allein (sc. also nicht auf Grund Rechtens) das entwendete Gut zuzueignen und damit sich zu bereichern (animus rem-ipsam lucrandi), sei es nun, um es als solches zu behalten oder darüber anderweitig als Eigner (soll offenbar soviel heissen als: wie ein Eigentümer, wie wenn er Eigentümer wäre; darüber S. 82 und 144 ff. dieses Aufsatzes) zu verfügen“ [Heffter l. c. S. 395].

Wie bei dieser Sachlage Gebauer a. a. O. S. 34 seiner Schrift noch ernstlich zu behaupten vermag: „Die neuere gemeinrechtliche Doktrin steht also, wie aus dem Gesagten zu schliessen (aber ein halsbrecherischer Schluss!), bereits bewusst auf dem Boden der Eigentumsdeliktstheorie ...“, ist für mich einfach unbegreiflich.[19])

Dass auch die Rechtsprechung jener Zeit im eintretenden Fall die Frage nach dem „strafrechtl. Schutz wertloser Objekte“ nicht immer, sondern im Gegenteil, wenn überhaupt, nur äusserst selten im Sinne Gebauers entschieden hat, bedarf sonach nur des kurzen Hinweises.

Allerdings macht sich, während die frühere gemeinschaftliche Jurisprudenz, die sich im Wesen an die röm. Legaldefinition der L. 1 § 3 D. de furt. und die Schriften italienischer Juristen anschloss, den Diebstahl an wertlosen Sachen schlechterdings für nicht möglich hielt, sowie auch im übrigen den Diebstahl u. dgl. als gegen das wirtschaftliche Vermögen gerichtet ansah, im Laufe dieses Jahrhunderts in Theorie und Praxis jene Strömung zu Gunsten der sog. Eigentumsdeliktstheorie immer nachhaltiger geltend; diese erwarb wie im Flug die Sympathie der deutschen Juristenwelt und muss — wie betont — heutzutage als die herrschende Meinung bezeichnet werden. Dagegen ist das englische und nordamerikanische Recht hiervon verschont geblieben und steht sonach noch auf dem Standpunkt des früheren gemeinen Rechts.

§ 30.

Hierauf bespricht Gebauer a. a. O. S. 35 ff. die frühere **Straf-**

---

[19]) Vgl. auch Ullmann l. c. S. 27: „ . . . die neuere gemeinrechtliche Doktrin, insbesondere seit Feuerbach, stützte sich gerade in ihren vorzüglichsten Vertretern auf Anschauungen über das röm. furtum.“ — Hätte nur Gebauer sich die Mühe genommen, noch andere Vertreter der gemeinrechtlichen Doktrin zu studieren, so würde er sich von seinem Irrtum selbst leicht haben überzeugen können.

gesetzgebung der wichtigeren **deutschen Einzelstaaten.** Auch von ihr lässt sich nicht sagen, sie stehe auf dem Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie Gebauers.

Wenn nach Art. 316 des württembergischen Str.G.B. vom 1. Mai 1839 selbst die Einwilligung des Eigentümers der Sache in die Wegnahme derselben zur Straflosigkeit des Thäters nicht hinreicht, wenn der Besitzer der Sache nicht einwilligt, so sieht es hier mit der Eigentumsdeliktstheorie schon bedenklich aus. Art. 316 cit. lautet nämlich: „Wer . . . eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigentümers oder Besitzers[1] . . . in seinen Besitz nimmt . . ., begeht einen Diebstahl." Wenn Gebauer a. a. O. S. 36 sagt: „Was den Wortlaut des württembergischen Gesetzes betrifft, so sind darnach die Entwendungen „wertloser" Sachen entschieden strafbar", ist das mindestens unbewiesen; nicht einmal die Motive oder der Kommentator des Strafgesetzbuchs Hufnagel sowie die frühere württemberg. Praxis stehen auf diesem Standpunkt.[2]

Das braunschweigische Kriminalgesetzbuch v. 10. Juli 1840 spricht in seinem § 213 ebenso wie das hamburgische v. 30. April 1869 ausdrücklich von „gewinnsüchtiger Absicht" ausser der Zueignungsabsicht. Der Versuch Gebauers (a. a. O. S. 36 unten), diese gewinnsüchtige Absicht in seinem Sinn zu interpretieren, muss jedenfalls als misslungen angesehen werden.

Das hannoversche Kriminalgesetzbuch v. 8. August 1840 verlangt im Art. 279 Zueignungsabsicht wie das R.Str.G.B.; trotzdem ist für Gebauers Behauptung kein Anhaltspunkt geboten. Cf. Hälschner l. c. S. 301 N. 1 f.

Das badische Str.G.B. v. 6. März 1845 verlangt in § 376[3] wiederum ausdrücklich die Absicht beim Diebstahl, „durch deren (sc. der fremden beweglichen Sache) Zueignung sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen". W. Thilo (Str.G.B. für das Grossh. Baden, 1845, S. 321) definiert Gewinn (lucrum) als „jede mittelbare oder unmittelbare Erweiterung des Kreises der Vermögens-

---

[1] Ebenso das hessische und nassauische G.B. von 1841 bezw. 1849. Vgl. auch Meyer, Lehrb. S. 556 N. 42.

[2] Ebenso Hälschner l. c. II. 1 S. 301 zu Note 1, sowie N. 2. Vgl. ferner bezüglich der Sachbeschädigung Art. 385, ebenso Hessen § 424 f., wonach die Grösse des zugefügten Schadens zu berücksichtigen ist.

[3] Wie § 354 des St.G.B. f. d. Grossh. Hessen vom 17. September 1841.

objekte, die dadurch bewirkt wird, dass der Thäter sich oder einem andern das Eigentum (sic!?) der fremden Sache, d. h. die unbeschränkte Verfügungsgewalt darüber (sc. in thatsächlicher, nicht rechtlicher Beziehung, also doch nicht das Eigentum!), zuwendet". Hiernach steht der Kommentator Thilo nicht so sehr auf dem Standpunkt, den ihm Gebauer unterzuschieben sucht. (Vgl. auch Thilo l. c. S. 323.) Recht unverständlich klingen die Worte Gebauers a. a. O. S. 38, „eine Aneignung, welche das Wesen des Gewinnes vollständig erfüllen soll, sei an jeder beweglichen Sache möglich". Denn ebensowenig wie der Wert etwas den Dingen (von Natur) Inhärentes ist, ist ein Gewinn a priori im einen Fall gegeben, im andern ausgeschlossen. Der Gewinn als etwas Subjektives ist daher nicht aprioristisch festzustellen, sondern die Frage, ob ein solcher vorhanden, ist in concreto, von Fall zu Fall, zu entscheiden. Was Gebauer oben bemerkt, ist eben m. E. petitio principii — bloss in andern Worten ausgedrückt —; und damit ist Gebauer, indem er etwas zum Beweis anführt, was erst selbst zu beweisen wäre, in einen verhängnisvollen circulus vitiosus geraten.

§ 400 zitierten badischen Str.G.B.'s fordert bei der Unterschlagung die „Absicht, sie (sc. die betreffenden Sachen) dem zur Rückforderung Berechtigten (scil. welcher nicht notwendig der Eigentümer zu sein braucht, ebensowenig wie der Deponent oder Kommodant, welcher die zivilrechtliche actio depositi oder commodati directa gegen Depositar oder Kommodatar besitzt) ohne Ersatz zu entziehen". Hierbei gibt, da ein anderes nicht möglich ist, Gebauer a. a. O. S. 38 ausdrücklich zu, „dass die »Verletzung« des formellen Eigentumsrechts dabei gar nicht in Frage komme, sondern dass sich die Unterschlagung des badischen Gesetzes als ein Vermögensdelikt darstelle und dass deshalb die »Entwendung« anvertrauter nicht geldwerter Objekte nicht als Unterschlagung zu betrachten sei". Sollte aber wirklich das badische Str.G.B. zwei so verwandte Delikte wie Diebstahl und Unterschlagung so wesentlich verschieden behandelt haben? Ich glaube nicht; und wenn das Gesetz es gethan hätte (was seitens der Gegner erst noch zu beweisen wäre), so würde es den Grundcharakter beider Vergehen gründlich verkannt haben.

§ 570 des badischen St.G.B. sagt (weiter) von der Sachbeschädigung: „Wer... fremde Sachen beschädigt... oder auf andere Weise für den Eigentümer **wertlos** macht,..." Hiernach setzt die Sachbeschädigung geldwerte Sachen, die durch Beschädigung (d. h. Einwirkung auf ihre

Substanz) oder „auf andre Weise" „wertlos" gemacht werden, voraus und ist demnach entgegen der Gebauer'schen Auffassung (a. a. O. S. 39) als Vermögensdelikt anzusehen. Dass durch § 570 cit. nach seinem klaren Wortlaut nur das Vermögen des Eigentümers, nicht auch das andrer dinglich oder obligatorisch Berechtigten, geschützt werden soll, steht unsrer Ansicht nicht entgegen. Man glaubte jedenfalls (ob mit Recht, ist hier nicht zu entscheiden), andre in ihrem Vermögen durch die Sachbeschädigung Verletzte als der Eigentümer seien schon durch die Rechtsmittel des Civilrechts hinreichend gedeckt. Vgl. auch § 574 f.

Auf demselben Standpunkt steht das sog. thüringische Strafgesetzb. v. 1850[4]), Art. 213. Auch hier macht schon die Nichteinwilligung des dritten Inhabers der Sache in ihre Wegnahme den Dieb als solchen strafbar. Ferner erfordert dieser Art., wie so oft in den Partikulargesetzbüchern[5]) die entsprechenden Bestimmungen, die „Absicht, sich dieselbe zuzueignen und dadurch sich oder einem andern einen unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen". Vgl. hierzu das oben Gesagte! —

Ebenso wäre hierher zu rechnen die ähnliche Bestimmung im § 171 des österreichischen St.G.B.[6]): „Wer um seines Vorteils willen eine fremde[7]) bewegliche Sache aus eines andern Besitz ohne dessen (also des Inhabers, nicht notwendig des Eigentümers) Einwilligung entzieht, begeht einen Diebstahl."[8])

Das preussische St.G.B. v. 14. April 1851[9]) definiert in § 215 den Diebstahl so wie das R.St.G.B. Hieraus, sowie aus den Materialien zum preuss. St.G.B., auf die Gebauer a. a. O. S. 39 f. verweist, kann

[4]) Hervorgegangen aus dem alten sächsischen Kriminalgesetzb. v. 30. März 1838.

[5]) Vgl. unten S. 116 hiermit wörtlich übereinstimmend das sächs. G.B.

[6]) V. 27. Mai 1852. Diese Bestimmung wurde dem § 151 des I. Teils des österr. Str.G.B. v. 1803 vollinhaltlich entnommen, und nur statt der daselbst sich findenden Worte „fremdes bewegliches Gut" der Ausdruck „eine fremde bewegliche Sache" gesetzt.

[7]) Österr. G.B. §§ 181, 183 sowie die ihm folgenden Gesetzbücher verlangen zum Thatbestand der Veruntreuung nicht einmal eine fremde Sache. (Cf. Lauterburg i. d. Zeitschr. f. Schweizer Strafr. VI. S. 207 und 209 (unten); auch Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 635 N. 1.)

[8]) Das G.B. fordert, der herrschenden Auffassung zufolge, einen in Geld abschätzbaren Wert der Sache; cf. Herbst, zu § 171 cit. N. 2 [zit. bei Merkel l. c. S. 634 N. 9]. Desgl. für die Sachbeschädigung.

[9]) Kommentare von Gg. Beseler, 1851, und F. C. Oppenhoff, 6. Aufl. 1869. — „Materialien" zum Str.G.B., hrsgeg. v. Th. Goltdammer, 2 Bde. 1851—1852 („Hauptquelle eines ungebührlichen Materialienkultus").

er jedenfalls nichts für seine Ansicht entnehmen.[10]) Vgl. hierzu u. a. namentlich Preuss. Feldpolizeiordnung v. 13. Apr. 56 § 45 Abs. 2: „Wenn ... eine Wegnahme in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, so kommen die Strafen des Diebstahls zur Anwendung." (Seit dem 1. Juli 80 ausser Kraft; cf. preuss. Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 80 in d. Pr. Ges.-Sammlg. S. 230 ff. § 95 f.)[11]) Auch die preuss. Praxis (namentlich des Berl. Ob.-Tribunals), die, unbekümmert um den Wortlaut des § 215, das Erfordernis der Gewinnsucht beim Diebstahl fast durchgängig unterstellt hat, kann Gebauer für seine Auffassung nicht anführen. Vgl. Gebauer l. c. S. 45 ff.

Wenn nach § 225 f. preuss. G.B.'s die Unterschlagung nicht bloss zum Nachteil (oder Schaden) des Eigentümers, sondern ebenso des Besitzers oder Inhabers verübt werden kann,[12]) so ist es durchaus verfehlt, wenn Gebauer a. a. O. S. 40 unten die Unterschlagung kurzweg als Eigentumsdelikt kennzeichnet[13]).

Ferner tragen die §§ 281—284 die Überschrift „Vermögensbeschädigung". Dass derartige Titelüberschriften immerhin für die Charakterisierung der hierzu gehörenden Verbrechen von Wert sein können, habe ich bereits oben S. 37 hervorgehoben. Der Wille des Gesetzes scheint in unserm Fall ziemlich klar zu liegen: Das preuss. Str.G.B. betrachtet die Sachbeschädigung als „Vermögensbeschädigung", nicht als Angriff auf das formale Eigentumsrecht oder als „Verletzung" desselben. [Cf. auch Lueder Vermögensbeschädigung S. 59 unten.] Dass das Gesetz trotzdem nicht nur geldwerte Sachen schützen will, geht absolut nicht — wie Gebauer a. a. O. S. 41 und vor ihm Lueder S. 60 und 61 meinen — aus § 281 hervor, welcher von der vorsätzlichen und rechtswidrigen Beschädigung oder Zerstörung fremder

---

[10]) Cf. Hälschner a. a. O. S. 302 N. 1.

[11]) Cf. Oppenhoff z. R.Str.G.B. § 242 No. 44. Ich halte die Bemerkung Oppenhoffs nicht für richtig. Namentlich über preuss. Str.G.B. § 349 Nr. 3 Abs. 2, welcher den gleichen Inhalt wie die oben zit. Gesetzesstelle hat [Ges. v. 14. April 1856 Ziff. 3] und vom Mundraub handelt, habe ich mich unten in dsr. Abhdlg. des näheren ausgesprochen.

[12]) Damit hatte Preussen deutlich das Erfordernis einer materiellen (Vermögens-) Benachteiligung aufgestellt und die richtige Auffassung ausgedrückt, dass der Benachteiligte nicht gerade der Eigentümer zu sein brauche. Cf. Merkel bei Holtzd. III. S. 691 f.

[13]) Vgl. namentlich Hälschner, System ds. preuss. Strafr. II. (1868) S. 512 f. und Gem. dtsch. Strafr. a. a. O. II. 1 S. 354.

Sachen handelt[14]). — Kurz, wo die einzelnen formalen Eigentumsdelikte des preuss. Str.G.B. sein sollen, von denen Gebauer a. a. O. spricht, ist mir unbekannt.

Das Gleiche wäre zu sagen von dem bayrischen Str.G.B. v. 10. Nov. 61, Art. 271[15]), wenn auch der Kommentator Weis (Das Str.G.B. f. d. Königr. Bayern. 1863—65. II. S. 120 ff.) offenbar auf dem Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie (Gebauers) steht. Ausserdem finden wir im bayr. Str.G.B., wie so oft noch in früheren Kodifikationen[16]), eine Abstufung der Strafe je nach dem Masse der Beschädigung, dem Geldwert des Diebstahlsobjekts, welche Institution immerhin trotz der Leugnung Gebauers einen Schluss auf die Notwendigkeit eines objektiven Vermögenswerts der „Sache" und das Erfordernis der Vermögensbeschädigung beim Diebstahl und den verwandten Delikten gestatten dürfte[17]). (Cf. Hälschner, Hdb. II. 1 S. 282 N. 1, S. 301, der dieselbe Ansicht vertritt; R.G.V.G. § 27 Ziff. 4 ff., § 28.)

Ebenso geht aus Art. 293 des gleichen Gesetzb. die Notwendigkeit des Vermögenswertes der unterschlagenen Sache etc. hervor. Namentlich fehlt in diesem Art. das „Beiseiteschaffen", auf das Gebauer gelegentlich der Besprechung der §§ 225 und 226 des preuss. St.G.Bs. v. 1851 a. a. O. S. 40 unten grosses Gewicht legt und statt dessen das bayr. G.B. in Art. 293 cit. eine Zueignung auf irgend eine „andre Weise" verlangt. — Vgl. ferner Art. 299 (Vorenthaltung fremder Sachen), 300 (Raub), 342 f. (Sachbeschädigung)[18]), 344.

Im Gegensatz zum preuss. G.B. fasst das bayr. die zuletzt angeführten Paragraphen — wie Gebauer a. a. O. S. 42 betont — als „Eigentumsbeschädigung" zusammen. Das bayr. Gesetz steht aber deshalb

---

[14]) Oppenhoff, Komm. z. Preuss. Str.G.B. a. a. O. S. 510 N. 13 sagt daher ganz zutreffend: „Die Beschädigung muss eine solche sein, dass sie einen Vermögensnachteil herbeiführt."

[15]) Ebenso bayr. Str.G.B. v. 16. Mai 1813 Art. 209.

[16]) So im bayr. Str.G.B. v. 1813, den oben berührten Gesetzbüchern von Württemberg und Hannover und dem Str.G.B. von Lübeck v. 1863.

[17]) Die bayr. Praxis steht fast durchweg auf dem Standpunkt der Vermögensdeliktstheorie: Vermögenswert der gestohlenen etc. Sache bezw. Vermögensschaden verlangt ein Erk. des Bezirksgerichts München v. 18. Mai 1868 als Erfordernis des Diebstahls (cf. Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspraxis und Rechtsw. VIII. S. 27 ff., zit. bei Gebauer l. c. S. 48); desgleichen Entsch. des App.-Ger. v. Mittelfranken v. 17. Jan. 1868 (Stenglein l. c. VII. S. 318, zit. bei Gebauer a. a. O.). Abweichend: Erk. des bayr. Kassat.-Hofs v. 30. März 1869 (Stenglein l. c. VIII. S. 252—254, Gebauer S. 49).

[18]) Insbes. Art. 343: Rücksichtnahme auf die Grösse des zugefügten Schadens.

noch nicht — wie Gebauer meint — auf dem Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie. Denn der Ausdruck „Eigentumsbeschädigung“ soll — das dürfte wenigstens nach früheren Erörterungen nicht bestritten werden — weiter nichts bedeuten als „Sachbeschädigung“, d. h. Beschädigung von in fremdem Eigentum stehenden Sachen, Beschädigung von fremden Eigentumsobjekten, oder „Vermögensbeschädigung“, indem, wenn der Wert einer Sache, eines Vermögensobjekts, ohne Äquivalent vernichtet oder gemindert wird, dadurch der Gesamtwert, die Wertsumme des Inbegriffs aller Vermögensbestandteile (= des Vermögens) beeinflusst wird. Eigentum und Vermögen sind eben — wie oben S. 45 f. betont — nicht allein spezifisch juristische, sondern ebenso populäre Redewendungen, und es darf deshalb namentlich „Eigentum“, wo dieser Ausdruck vorkommt, nicht immer ohne weiteres mit „Eigentumsrecht“ identifiziert werden. Darauf dürfte im speziellen Fall schon die Bezeichnung „Eigentumsbeschädigung“ mit Notwendigkeit hinweisen, da sehr wohl eine „Beschädigung“ fremden Vermögens oder fremder Vermögensobjekte („Sachen“), aber nicht eine „Beschädigung“ fremder Eigentums- und sonstiger Rechte (Vermögensrechte) begrifflich korrekt ist. Die Sache ist also nicht so strikte zu interpretieren, wie es Gebauer a. a. O. thun will.

Von den deutschen Partikularrechten kennt endlich das (revidierte) sächsische Str.G.B. v. 1. Okt. 1868 (und ebenso das frühere vom 11. Aug. 1855) — wie selbst Gebauer l. c. S. 42 nicht zu bestreiten vermag — einen Diebstahl nur bei geldwerten Sachen. Art. 272 ds. G.Bs. fordert als Diebstahlsobjekt expressis verbis eine „Sache, die einen Schätzungswert hat“, daneben die Absicht, „solche sich zuzueignen und dadurch sich oder einem andern einen unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen“;[19]) schliesslich wird hier bloss auf die „Einwilligung des Inhabers“, nicht des Eigentümers, in die Wegnahme der Sache Rücksicht genommen. Dass hiernach der Diebstahl als Vermögensdelikt und nicht bloss als frafbarer Angriff auf ein formales Recht anzusehen ist, bedarf keines Nachweises mehr.

Die widerrechtliche Wegnahme eines Gegenstandes, der keinen Schätzungswert hat, wurde ausnahmsweise und im Gegensatz zu allen andern Strafgesetzbüchern vom sächsischen St.G.B. nach Art. 330 bestraft, aber nicht als „Eigentumsverbrechen“ oder — besser gesagt —

---

[19]) Hiermit wörtlich übereinstimmend die betr. Bestimmung im thüringischen Str.G.B. (Cf. oben S. 113 N. 5.) Vgl. Sächs. Str.G.B. v. 1838 Art. 238.

„Vermögensverbrechen“ wie der Diebstahl, auch nicht als milderer Fall eines Diebstahls, sondern nur als „Beeinträchtigung fremden Eigentums“ bezeichnet[20]). Aus dieser Thatsache, dass nur das sächs. Str.G.B. eine Bestimmung wie die des Art. 330 cit. enthält, resultiert, dass alle andern Strafgesetzbücher — und nicht in letzter Reihe das R.Str.G.B. —, welche eine solche Vorschrift nicht aufgenommen haben, an den genannten Fall blosser „Beeinträchtigung fremden Eigentums“ keine Straffolgen haben knüpfen wollen[21]). Wir müssen vollständig dem beipflichten, was John a. a. O. S. 266 Note 2 bemerkt: „Das deutsche Str.G.B. hat keine dem sächs. Str.G.B. Art. 330 entsprechende Vorschrift, woraus zu folgern ist, dass solche Sachen (soll wohl heissen: „Entwendungen“ od. dgl.?) überhaupt nicht zu strafen, nicht aber, dass sie als „Diebstahl“ zu bestrafen seien.“ Derartige Analogien kennt das Strafrecht ausnahmslos nicht: Nulla poena sine lege poenali![22]) —

Fassen wir das über die frühere deutsche Strafgesetzgebung Gesagte kurz zusammen, so müsste es einleuchten, dass dieselbe nicht nur nicht auf dem Boden der Eigentumsdeliktstheorie sich befand, sondern dass wir schlechterdings zu der Annahme hingedrängt werden, die Legalbestimmungen wollten den Diebstahl und die verwandten Delikte, welche nach herrschender Meinung bloss auf formaler Verletzung subjektiver Rechte basieren sollen, als wirkliche Vermögensdelikte, nicht als formale Eigentumsverbrechen, betrachtet wissen.

Das geltende Recht.

§ 31.

Zum Abschluss der geschichtlichen Entwickelung ist noch eins zu erörtern, wie sich das geltende Recht zu der angeregten Frage stellt, ob speziell das Reichsstrafgesetzbuch der Eigentums- oder Vermögensdeliktstheorie huldigt.

---

[20]) „Ob es motiviert war, dass es der Entwendung von Sachen ohne Schätzungswert in einer besonderen Strafbestimmung gedachte, mag hier dahingestellt bleiben“: Merkel bei Holtzd. III. S. 634 unten.

[21]) Andernfalls darf man schon eine besondre ausdrückliche Strafvorschrift erwarten.

[22]) Aus dem gleichen Grunde hat R.Str.G.B. in § 274,1 die Beschädigung und Unterdrückung von Urkunden ausdrücklich pönalisiert, da sonst trotz der Fremdheit und Beweglichkeit der „Sache“ nur selten wegen Sachbeschädigung aus § 303 und Diebstahls gestraft werden könnte. Desgleichen § 133 u. a.

Seitens der Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie wird zur Erhärtung ihrer Ansicht nur auf den „unzweifelhaften Wortlaut des Gesetzes“ in den §§ 242, 246, 249, 303 u. s. w. R.Str.G.Bs. verwiesen: So ausdrücklich Gebauer l. c. S. 58 ff.; ebenso beruft sich Lehr l. c. S. 9 auf den „klaren Wortlaut“, S. 7 auf „ausdrückliche Bestimmungen“ des Gesetzes etc.; desgl. O. Wirth l. c. S. 32 u. a. „Sed ita lex scripta est.“

Dass aber dieser Wortlaut in Wahrheit nicht so „unzweifelhaft“ ist, beweist die Thatsache, dass unsre Frage trotz jener angeblichen Klarheit des Wortlauts immer noch bestritten ist[1]). Höchst bezeichnend für die angebliche Klarheit des Wortlauts speziell in § 242 ist der Umstand, dass seinerzeit sogar der Gesetzgeber, der augenscheinlich auf dem Boden der Vermögensdeliktstheorie stand [Arg.: Die Motive zu dem Rev. Entw. d. n.-dtsch. Str.G.B. Seite 118 ff. sprechen aus, die Absicht des Diebes sei dahin gerichtet, „die fremde Sache in sein Vermögen zu bringen und hierdurch das des andern zu verringern“], ebenfalls den Wortlaut des Gesetzes für so unzweideutig hielt, dass er das im I. Entwurf des R.Str.G.Bs. aufgestellte Erfordernis „Absicht, durch deren Zueignung sich oder einem andern Gewinn zu verschaffen,“ als überflüssig (indem die Motive z. d. Rev.-Entw. „Habsucht“ und „Gewinnsucht“[2]) identifizieren) im Gesetz hat wegfallen lassen[3]). Der Gesetzgeber hat sicher wohl daran gethan, den vielumstrittenen Begriff der gewinnsüchtigen Absicht, der jedenfalls mehr geschadet als genützt hätte, im Gesetz zu streichen[4])[5]); er konnte dieselbe auch mit einem

[1]) Ich kann es durchaus nicht billigen, sondern es kommt mir fast wie eine Verkennung der strafrechtlichen Litteratur vor, wenn heute vielfach seitens der Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie mit einem gewissen Übereifer — venia sit verbo! — behauptet wird, die Kontroverse über das Erfordernis der gewinnsüchtigen Absicht beim Diebstahl könne als erledigt angenommen werden. Cf. Rüdorff § 242 No. 15 (4. Aufl. 91: S. 524; 3. Aufl. 81: S. 547). Vgl. auch aus neuerer Zeit: R.G.-Entsch. XXV. S. 174.

[2]) Cf. Ullmann l. c. S. 34 ff. Über den Begriff „Habsucht“ sagt Ullmann a. a. O. S. 35 f. unter anderm: „Ausser dieser ganz allgemeinen Beziehung der Willensstimmung des Habsüchtigen zum Besitz von Sachgütern vermögen wir keine andre Beziehung in diesem Begriffe als wesentlich zu erkennen, am wenigsten die Sucht, auf Kosten andrer, das ist widerrechtlich, sich einen Vorteil zu verschaffen.“

[3]) Cf. Hälschner l. c. II. 1 S. 294, Schwarze Komm. § 242 No. 16. — Schaper l. c. bei Holtzd. II. S. 197 N. 4 schreibt u. a.: „Dadurch (dass nämlich die im 1. Entwurf des Str.G.B. aufgenommene Zweckbestimmung im § 242 später weggefallen ist) ist die Absicht wiedes in eine klare (!) Beziehung zu der Rechtsveränderung (?) im Eigentum getreten.“ (Mir unverständlich!) — Merkel bei Holtzd. III. S. 628 f. § 4.

[4]) In Übereinstimmung mit Berner, Kritik des Entw. eines Str.G.B. f. d. nordd. Bund, Lpz. 1869, S. 65 ff.; Ullmann S. 5, 61 ff.

gewissen Recht für überflüssig halten namentlich im Hinblick auf die damalige preussische Gerichtspraxis, die, trotzdem § 215 des preuss. Str.G.B. v. 1851 die gleiche Definition des Diebstahls aufstellte wie nunmehr § 242 R.Str.G.B., den Diebstahl und die verwandten Delikte richtig als Verbrechen gegen das Vermögen in der ökonomischen Bedeutung aufgefasst hat[6]). Was hätte den Gesetzgeber damals bewegen sollen, das, was die preuss. Praxis vermocht hat, nämlich trotz unklarer Ausdrucksweise der Legaldefinition des Diebstahls das wahre Wesen desselben zu erkennen und anzuerkennen, der künftigen Gerichtspraxis des norddeutschen Bundes und des späteren deutschen Reiches und — nicht in letzter Reihe — der Strafrechtswissenschaft nicht zuzutrauen! Der Gesetzgeber hat sich aber bitter getäuscht; und ich bin fest überzeugt, wenn derselbe seinerzeit vorausgesehen hätte, wie künftige Geschlechter seine Worte interpretieren, er würde sicherlich sich anders ausgedrückt haben. Der Vorwurf kann ihm freilich nicht erspart bleiben, er hätte derartige Eventualitäten vorhersehen sollen, zumal die Doktrin jener Epoche sich auf den Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie zu stellen bereits begonnen hatte. Und insofern klingt es in der That wie bittere Wahrheit, wenn Schütze in seinem Lehrb. § 90 S. 419 ausruft: „Es mag Zweifel erregen an dem Beruf unserer Zeit zur Strafgesetzgebung, wenn man sieht, wie eben die Deliktsgattung, welche die weitaus häufigsten Strafthaten des heutigen Rechtslebens befasst, durch die schwankendsten Begriffsmerkmale sich auszeichnet; wenn eben hier, was ungleich schlimmer ist, Gesetzgebung und Doktrin mit festgewurzeltem Volksbewusstsein im grellsten Widerspruch sich befindet.“ [Über letzteren Punkt an andrer Stelle!][7])[8])

---

[5]) Man ist seit einiger Zeit eifrig bemüht gewesen, das Motiv der Gewinnsucht aus dem Thatbestand des Diebstahls vollständig herauszubringen. Um diesen Mangel zu beseitigen, sprach das württemberg. Str.G.B. v. 1839 Art. 316, das hannoversche v. 1840 Art. 279, das oldenburg. v. 1858 Art. 168, das bayrische v. 1861 § 271, das Lübecker v. 1863 § 177, der Entw. von Bremen v. 1868 § 370, das preuss. v. 1851 § 215 nur von der Absicht, „sich die Sache rechtswidrig zuzueignen“.

[6]) Die Art der Begründung, nämlich das Zurückgreifen auf rechtlich gleichgiltige Motive des Handelnden, von denen im Gesetz nichts enthalten ist, dürfte allerdings in den einzelnen Entscheidungen manchmal recht bedenklich ausgefallen sein. Vgl. Ullmann l. c. S. 53 ff. Insofern liegt ein Korn Wahrheit darin, wenn derselbe Schriftsteller l. c. S. 40 N. 88 von einer „willkürlichen Entfaltung der (sc. preuss.) Praxis“ spricht.

[7]) Schütze möchte das Merkmal der Heimlichkeit wieder eingeführt wissen — ob mit Recht oder nicht, lasse ich dahingestellt.

Weil indessen der Satz: „Omnis in iure periculosa definitio“ — wie v. Bar a. a. O. S. 22 f. betont — wohl ganz besonders bei dem Delikte des Diebstahls zutrifft, „ungeachtet, was das Wesen ausmacht, bei den Kulturvölkern fast gleichmässig feststeht und schon in früher Jugend selbst der Kindesseele sich einprägt“[9]), dürfte es m. E. am zweckmässigsten gewesen sein, wenn sich die Gesetzgebung seinerzeit — wofür sich bekanntlich schon viele (so Ullmann[10]), Berner, Goltdammer, Oppenhoff, J. D. H. Temme, v. Bar u. a. m.) ausgesprochen haben[11]) — jeder Definition des Diebstahls und der verwandten Delikte enthalten hätte. (Cf. v. Bar l. c. S. 21 und daselbst Note 3.) Wenn allerdings § 242 R.Str.G.B. für den Fall, dass überhaupt eine Definition gegeben werden sollte, noch lautete (ähnlich dem § 263): „Wer vorsätzlich das Vermögen eines andern dadurch beschädigt[12]), dass er . . . wegnimmt in der Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, etc.“[13]) — welchen Sinn John a. a. O. und Hälschner l. c. S. 301 f. dem heutigen § 242 als selbstverständlich unterstellen — oder nach v. Bars (l. c. S. 22) Vorschlag de lege ferenda: „Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig und in der Absicht wegnimmt, die Sache rechtswidrig als einen Zuwachs seines Vermögens sich anzueignen[14]), wird wegen Diebstahls u. s. w.

---

[8]) Die Fassung des § 242 ist schon vielfach mit Recht getadelt worden: Merkel bei Holtzd. III. S. 658 ff.; Binding in Grünhuts Zeitschr. II. S. 689; Hälschner l. c. S. 295; Dickel u. a.

[9]) Das Eigentum und Vermögen geniesst in der Volksanschauung eine gleichsam natürliche und den Menschen eingepflanzte Achtung vor Verletzung, wie es überhaupt bei den privatrechtlichen Institutionen der Fall ist.

[10]) l. c. S. 40 Note 88, woselbst a. E. weitere Belegstellen angegeben sind. Ferner Vollert, Kritik des Entwurfs S. 55.

[11]) Dagegen Merkel l. c. III. S. 631 f. § 5; H. Meyer S. 550 § 89 Note 2.

[12]) „In diesem Momente (sc. der Beschädigung fremden Vermögens) liegt zugleich der Ersatz für das, was man mit dem lucri animus anstrebt, und für die oft schwer vermisste Grenze gegen die Selbsthilfe und ähnliche Verbrechen (?). In ihm wird ferner die Verwandtschaft mit den übrigen Eigentums- (Vermögens-) Vergehen um so deutlicher präzisiert, als auch die Definition des Betrugs in § 263 dieses Moment scharf hervorgehoben hat.“ v. Schwarze, Komm. § 242, 4. Aufl. 79 S. 575 Anm. 2. — Schliesslich könnte man bei Hervorhebung des Moments der Schadenszufügung auf den schwankenden Begriff der Zueignungsabsicht leicht verzichten.

[13]) Wie Hälschner in seinem System des preuss. Strafr. II. S. 446 vorgeschlagen (cf. Hälschner, Gem. d. Strafr. l. c. S. 297 Note 2 und Dickel l. c. S. 60 f.).

[14]) Cf. Merkel l. c. S. 632 N. 3: „Wer eine f. b. Sache jemandem in der Absicht wegnimmt, sich oder andre mittels rechtswidriger Zueignung derselben zu be-

estraft", so wären zwar auch diese Definitionen nicht ganz einwands-
'ei[15]) (namentlich die v. Bar'sche Definition dürfte wohl wieder alle
'achteile der alten „gewinnsüchtigen etc. Absicht" im Gefolge haben,
'achteile, an deren Stelle jedoch heute viel schlimmere getreten sind),
ber jeder würde darüber einverstanden sein, dass Diebstahl, Unter-
chlagung, Raub, Sachbeschädigung u. s. f. ebenso wie der Betrug
remdes Vermögen im wirtschaftlichen Sinn angreifen und schädigen.[16])
Eine einfache Folgerung hieraus wäre der Umstand, dass nur eine
icht wertlose Sache Objekt des Diebstahls, der Unterschlagung etc.
ein kann. Hingegen bei der jetzigen Fassung des Gesetzes ist man
ierüber nicht einig. Denn unzweideutig ist der Wortlaut weder in
§ 242 noch in §§ 246, 249, 303 R.Str.G.B., und am allerwenigsten
unzweideutig und unzweifelhaft spricht derselbe für die Eigentums-
deliktstheorie[17]).

Auch aus dem von Gebauer angeführten § 370 Ziff. 5 Str.G.B.
ässt sich für diese Theorie kein Schluss machen. Die Nahrungs- oder
Genussmittel, welche hier den Gegenstand der Handlung bilden,
haben immer einen gewissen Wert; sie sind eben darum, weil sie
zur Nahrung etc., also zur (notwendigen) Befriedigung menschlicher
Bedürfnisse dienen und zu dienen geeignet sind, niemals voll-
kommen wertlos. Das Requisit des „unbedeutenden Wertes" lässt
gleichfalls erkennen, dass die betreffenden Objekte immer noch Geldwert
besitzen müssen, sei es auch nur — in unsrer Geldskala ausgedrückt —
ein solcher von wenigen Pfennigen. Ich sehe daher nicht ein, wie

---

eichern . . ." oder: „Wer eine f. b. Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, die-
elbe sich rechtswidrig und ohne Entgelt zuzueignen . . ."

[15]) Cf. Dickel l c. S. 61.

[16]) Dickel l. c. betont gelegentlich, das St.G.B., so klar auch seine Intention ist,
nthalte im § 242 den Diebstahlsbegriff nicht vollständig, weil dem Wortlaut das Requisit
er Bereicherung auf fremde Kosten fehle. Ebenso Merkel l. c. S. 661 § 20.

[17]) Mit Recht sagt Hälschner a. a. O. S. 300: „Es kann aber nicht als richtig
nerkannt werden, dass für die Auslegung des § 242 lediglich sein Wortlaut ohne jede
Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem Ganzen, seiner systematischen Stellung
vgl. Binding, Normen II. S. 558) und seiner Ergänzung durch andere Strafbestimmungen
nassgebend sein soll." Ebenso unsre Civilisten wie z. B. Dernburg, Pand. I. (4. Aufl. 94)
§ 125 S. 297 f. Note 13: „. . . der Begriff der Vergehen des Diebstahls und der
Unterschlagung kann nicht allein aus den Worten des Gesetzes entnommen werden. Die
historische Entwickelung, die volkstümliche Auffassung muss bei der Auslegung in
das Gewicht fallen. Eine „diebische" Absicht muss vorhanden sein, wenn ein Diebstahl
angenommen werden soll . . ."

nach Gebauers Ansicht (l. c. S. 62) im Prinzip das Strafgesetz auch hier, seinem Wortlaut gemäss, einen „Schutz wertloser Sachen" statuieren solle. Gerade der Wortlaut spricht in erster Linie dagegen.[18])

Desgleichen kann Gebauer unmöglich aus dem Wortlaut der §§ 291 oder 370,2 ein Argument für seine Anschauung entnehmen, zumal § 291 nicht ausschliesslich vermögensrechtliche Interessen des Staates im Auge hat und in § 370,2 es sich um eine Strafdrohung mehr polizeilicher Natur handelt.

Landesrechtlich ist nach § 2 E.G. z. Str.G.B. der Feld- und Forstdiebstahl geregelt. Auch hieraus kann Gebauer nichts für seine Deduktion entnehmen, da schon die entwendeten Erzeugnisse einen, wenn auch noch so geringen Wert haben müssen, dessen Ermittlung für die Berechnung der ein Mehrfaches des Werts bildenden Geldstrafe notwendig ist. Für die Geldstrafen sind allerdings häufig (nicht überall, wie Gebauer S. 63 meint!) gewisse Minima gesetzlich fixiert: doch kann auch hieraus Gebauer keinen weiteren Schluss ziehen, zumal die Bestrafung der Entwendungen sich weniger wegen der Aneignung der Erzeugnisse als dadurch rechtfertigt, dass auch durch die geringfügigsten Entwendungen der Waldbestand in nicht übersehbarem Umfang geschädigt werden kann. (l. c. S. 63.) M. a. W. es dürfte sich im Grund genommen — wenn anders ich Gebauer richtig verstehe — eher um eine Art Sachbeschädigung oder vielmehr um eine Gefährdung der Waldkultur etc. handeln als um eigentliche Diebstähle.[19]) — Soviel hierüber an dieser Stelle! Wir werden hierauf unten nochmals zurückzukommen haben, weil sich Gebauer für seine Eigentumsdeliktstheorie auch darauf zu stützen sucht, obwohl es im übrigen zweckmässiger scheinen dürfte, unsre Frage durch Hereinziehen des nicht einmal einheitlich durch Reichsgesetz geregelten sog. Feld- und Forstdiebstahls nicht unnötig zu komplizieren, zumal in diesen Fällen hauptsächlich polizeiliche Gründe zur Kriminalisierung betreffender Thatbestände massgebend sind.

---

[18]) So ist denn auch Kah, Die Polizeivergehen etc. des dtsch. Str.G.B., Stuttg. 1879, S. 102,2, der richtigen Ansicht, dass bei gänzlicher Wertlosigkeit des Gegenstands in § 370,5 Freisprechung einzutreten habe. A. A.: Friedländer [Der Mundraub, in d. Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. XI. (1891) S. 369 ff.], der S. 411 Note 181 meint, der Beweis für die Behauptung dürfte kaum zu erbringen sein.

[19]) Cf. Binding, Normen I (1. Aufl.) § 12 S. 73 N. 145; Olshausen I. E.G. § 2 Abs. 2 No. 10, Oppenhoff ib. No. 7 f., § 242 No. 50 ff. und die dortselbst zit. Litteratur.

In all den von Gebauer ins Feld geführten Gründen und seinen zu diesem Zwecke gemachten weitschweifigen Ausführungen kann ich demnach keine hinreichende und „Andersgläubige" überzeugende Begründung der Eigentumsdeliktstheorie finden. Im Gegenteil scheint nach dem Gesagten bereits die Vermögensdeliktstheorie einigermassen plausibel, doch wird es Aufgabe des Folgenden sein, die Vermögensdeliktstheorie namentlich für das geltende Recht — für das ältere Recht dürfte sie feststehen — eingehend zu beleuchten.

II. ABSCHNITT.

Die Vermögensdeliktstheorie und ihre Begründung insbesondere auf Grund geltenden Rechts.

§ 32.

Da wir im Wortlaut des Gesetzes wenig Anhaltspunkte für die Entscheidung der bestrittenen Frage finden, so müssen wir auch bei dieser Gelegenheit wieder berücksichtigen, was schon die alte röm. Jurisprudenz erkannt hat und Celsus in L. 17 D. de legib. 1,3 in den Worten ausdrückt: „Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem." Die wahre Kenntnis und Erkenntnis dieser „vis ac potestas" legis kann aber nur in den allerseltensten Fällen, wo der Wortlaut nicht untrüglich ist, (ausschliesslich) aus der Entstehungsgeschichte[1]) eines Gesetzes (nicht zu verwechseln mit der geschichtlichen Entwicklung eines Delikts), sowie aus den Materialien zum Gesetz geschöpft werden. Neben andern können sie beide zwar als mehr oder minder wichtige Hilfsmittel zur Auslegung eines Gesetzes in concreto in Betracht kommen, aber auf sie ausschliesslich sich zu verlassen, wäre äusserst bedenklich. Namentlich ist ein Zurückgehen auf die Motive nicht überall ratsam; denn dadurch würde unter Umständen die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst allmählich zur völligen Bedeutungslosigkeit herabgedrückt, und die Möglichkeit, sich auf den Text eines Gesetzes zu verlassen, würde ausgeschlossen. Darum lege ich auf die Thatsache, dass in unserm Fall die Motive zum

---

[1]) Sie ist — wie Friedländer l. c. S. 408 § 6 gelegentlich einmal bemerkt — „ein viel missbrauchtes Beweismittel". Cf. Binding, Hdb. I. S. 470 N. 2.

Gesetz sich deutlich für unsre Ansicht äussern, indem sie den Diebstahl als eine Vermögensmehrung auf fremde Kosten ansehen, kein sehr grosses Gewicht[2]); sondern ich glaube, dass es hauptsächlich Erwägungen aus der allgemeinen Natur des Diebstahls und der übrigen Delikte sind, welche die Vermögensdeliktsqualität der betreffenden Verbrechen hinreichend begründen und — als einfache Konsequenz hieraus — die wertlosen Sachen aus dem Kreis der in Betracht kommenden Verbrechensobjekte ausscheiden lassen.

I.

Begründung aus der allgemeinen Natur des Verbrechens überhaupt.

1. Das Verbrechen im materiellen Sinn.

§ 33.

Für das Folgende müssen wir etwas weiter ausholen und auf das bereits in der Einleitung kurz Berührte zurückgreifen. —

Im Hinblick auf das Verbrechen im materiellen Sinn nämlich ist es verwerflich, wenn der Staat wegen an sich gleichgiltiger Handlungen dennoch Strafe androht. Ja es ist nicht einmal die Aufgabe des Staates, jede in der Anschauung des täglichen Lebens als Übelthat gekennzeichnete Handlung vor seine Strafgerichte zu ziehen. Zahllose sog. Verletzungen sind von einer solchen Geringfügigkeit, dass ihre Ahndung durch den Staat ausser allem Verhältnis mit ihrer Bedeutung für das Allgemeininteresse stehen würde[1]). Selbst bedeutendere Missethaten werden auf ausreichende Weise durch den Civilprozess und seine Folgen ausgeglichen. Und das ist namentlich dort der Fall, wo es sich um Verletzung oder Schädigung von Vermögensinteressen handelt. Hier ist deswegen das Gebiet des Strafrechts wesentlich enger

---

[2]) Immerhin muss ich Dickel l. c. S. 57 f. § 23 zustimmen, dass aus den Motiven z. preuss. Str.G.B. und aus den betreffenden Verhandlungen etc. die Intention des Gesetzes, namentlich aber des Gesetzgebers, klar sein dürfte.

[1]) Sog. „Strohhalmaffären": Merkel bei Holtzd. III. S. 634. Mit Recht bemerkt daher H. Meyer, Lehrb. S. 22: Die Handlung muss erheblich genug sein, um zum Gegenstand eines Strafverfahrens und einer Bestrafung (cf. S. 2 N. 7 dsr. Abhdlg.) gemacht zu werden, ferner bestimmt genug hervortreten, um mit Sicherheit festgestellt werden zu können.

begrenzt, als bei den Angriffen auf Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre. Denn in der Sphäre der Vermögensinteressen hat die Strafrechtspflege die Civilrechtspflege neben sich; dieser obliegt es in erster Linie, jene Interessen zu sichern und die Kraft der einschlagenden Rechtsbestimmungen zu wahren. Könnte man doch Vermögensrecht und Civilrecht — zur Zeit wenigstens noch — beinahe identifizieren![2])

Nur jene Übelthaten darf der Staat als Verbrechen (strafbare Delikte) behandeln, welche wegen der ihnen zu Grunde liegenden verbrecherischen Gesinnung und wegen des Umfanges des aus ihnen entspringenden

---

[2]) Vgl. hierüber Binding, Normen I. § 26 S. 147. In der That hat Hälschner im Gerichtssaal XXI. (1869) S. 84 den Satz ausgesprochen, dass sich die beiden Begriffe decken; das Familienrecht gehöre eben, soweit es nicht Vermögensrecht sei, somit in das öffentliche Recht. Vgl. ebenso R. Sohm, Institutionen ds. röm. R. (1884) § 19 S. 71 u. a. Dagegen Heinze in Holtzd. Handb. ds. Strafr. I. S. 301, sowie neuerdings v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Berl. und Lpzg. 1889 (5. Heft der von E. J. Bekker und O. Fischer herausgeg. „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerl. Gesetzb.“): „Das röm. Privatrecht ist fast ausschliesslich Vermögensrecht. Viel weiter fasst das deutsche Rechtsbewusstsein . . . die Aufgabe des Privatrechts . . . . Das Vermögensrecht ist uns, im Gegensatz zu den Römern, nicht der einzige, nicht einmal der wichtigste Teil des Privatrechts“: So v. Liszt. Obwohl ich nun nicht zu jenen fanatischen Anhängern romanistischer Ideen gezählt werden möchte, denen nur das im Privatrecht logisch richtig und unanfechtbar erscheint, was mit einer Stelle aus den röm. Quellen belegt werden kann, so muss ich doch behaupten, dass das Civilrecht bis auf den heutigen Tag sich noch in erster Linie und in seinem grössten Teil um vermögensrechtliche Interessen kümmert. Mögen die Zeiten sich in Zukunft ändern, vorläufig ist m. E. dieser Satz noch richtig. Sogar das Privatrecht des Bürgerl. G.B. ist ausschliesslich (oder fast ausschliesslich) Vermögensrecht. Darum die Beschränkung der Ersatzpflicht auf die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen. Liszt l. c. S. 30 möchte aber ausser Hab' und Gut einen „ergiebigeren privatrechtl. Schutz auch der nicht vermögensrechtl. Interessen“ — nicht mit Unrecht! — anerkannt wissen; „auf die Dauer wird sich das deutsche Rechtsbewusstsein eine solche Vergewaltigung durch romanisierende Engherzigkeit sicherlich nicht gefallen lassen.“ (Liszt l. c. S. 33 a. E.) Ebenso begründet G. Lehmann in einer kleinen Schrift „Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz“ (Dresden 1884) die Ansicht, dass die gemeinrechtliche Ersatztheorie den Verletzungen andrer als pekuniärer Interessen gegenüber unzureichend und eine Erweiterung des Schadenersatzrechts nach dieser Richtung hin, etwa im Anschluss an die Busse der Strafgesetzgebung, dringend wünschenswert sei. Wollen wir Juristen — ruft Liszt l. c. S. 46 aus — für alle Bedürfnisse unseres heutigen reichsdeutschen Rechtslebens offenen Blick haben, „so dürfen wir nicht im Vermögensrecht den Lebensquell juristischen Denkens erblicken.“ — Vgl. auch Landsberg, Iniuria und Beleidigung, insbes. S. 107 f.; Reiffel, Ersatz des moralischen Schadens, (zum Entw. I. § 221) in der Zeitschr. f. französ. Civilr. XX. (1889) S. 691 ff. [cf. XIX. S. 489 ff., von Osthelder].

sozialen Übels in ihrer Frequenz von der geläuterten öffentlichen Meinung als Angriffe auf die Grundlagen des Staates selbst angesehen werden, so dass ihre strafrechtliche Ahndung als eine Angelegenheit des Staates erscheint (daher die Strafpflicht, nicht bloss das Strafrecht des Staates) und der Umstand, dass das Delikt ohne strafrechtliche Sühne bleibt, als ein allgemeines Übel gefühlt wird. In der Sphäre der vermögensrechtlichen Interessen, deren Schutz Civilzwang und Strafrecht bezwecken[3], greift nach Merkels Ausführungen in seinem Lhrb. S. 315 die Strafrechtspflege sonach natürlicherweise nur bei solchen Arten von Normübertretungen ein, deren allgemeine Richtung und Form der Civilhilfe von vornherein Hindernisse zu bereiten geeignet sind oder welche mit Rücksicht auf ihre generelle Tragweite und Bedeutung eine zureichende Ausgleichung durch die Leistungen der Civilrechtspflege nicht erfahren können. M. a. W.: Nicht jede (vorsätzliche oder fahrlässige) Vermögensbeschädigung — das Vermögen kann ja bekanntlich auf das verschiedenste angegriffen und verletzt werden — ist, um das Gesagte kurz zu resumieren, als solche strafrechtlich zu ahnden, sondern nur bestimmte Arten derselben, während bei andern die civile Entschädigungsklage allein zusteht. So sind z. B. sowohl die vorsätzlichen wie die fahrlässigen Verletzungen vertragsmässig begründeter vermögensrechtlicher Ansprüche nur unter besondern Voraussetzungen (vgl. S. 16 N. 4, S. 51 ff. § 14) unter Strafdrohung gestellt. Die Strafbarkeit hängt ab von der Art und Weise, wie die Vermögensbeschädigung begangen wird, so dass nämlich das öffentliche Interesse durch die Verletzung des Privatinteresses mitgefährdet, manchmal sogar in erster Reihe gefährdet erscheint.[4]) Unter dem ebengenannten Begriff der „Strafbarkeit" ist diesfalls nicht bloss die Thatsache, dass überhaupt gestraft wird, sondern auch, wie gestraft wird, also Art und Mass der Strafe, zu verstehen. Aus diesen allgemeinen Erwägungen ist, um ein Beispiel anzuführen, vom Gesetz die Strafe wegen (einfacher) Sachbeschädigung weit milder statuiert als wegen (einfachen) Diebstahls. (Cf. §§ 303 und 242, sowie

[3]) „Privatrecht und Strafrecht unterscheiden sich aber in der Art des Schutzes, den sie gewähren, in den Rechtsfolgen, welche sie mit der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses verbinden. Hier überwiegt die Rücksicht auf die öffentliche Rechtsordnung, dort die auf den Verletzten." (v. Liszt, Grenzgebiete a. a. O. S. 27.)

[4]) Cf. John l. c. S. 259. Das Verbrechen als antisoziales Verhalten ist eine gefährliche Handlung; es steht — wie Hälschner, Strafr. I. S. 461, betont — „in Beziehung zum Rechtsfrieden der Gesellschaft überhaupt".

§ 246 etc.) Die verbrecherische Gesinnung des Thäters bei der Sachbeschädigung erscheint in viel gelinderem Lichte als die verbrecherische Gesinnung dessen, der ein Bereicherungsdelikt begeht; ferner erheischen auch kriminalpolitische Erwägungen Berücksichtigung: v. Bar bemerkt a. a. O. S. 16 ganz richtig: „. . . die Versuchung, sich selbst an die Stelle des Berechtigten zu setzen, an seiner Stelle zu geniessen oder zu schalten, ist für die grosse Masse der Menschheit weit verführerischer als die Versuchung zu einfacher Zerstörung, Vernichtung."

Auf der Basis der vorstehenden allgemeinen Erörterungen vom legislatorischen Standpunkt aus entsteht für uns die Frage, ob eine so grosse und für den Straf-Gesetzgeber in Betracht kommende generelle Gefahr vorhanden ist, dass Leute, die sofort bei der Wegnahme und dgl. den vollen Preis einer Sache, die sie sich aneignen, oder mehr erlegen oder welche die Sache wegnehmen, um sie als Äquivalent für einen andern Anspruch zu besitzen, oder endlich Leute, welche vollständig wertlose Sachen entwenden, die Eigentums- und Vermögensordnung in erheblicher Weise, so dass der Strafrichter einschreiten muss, beeinträchtigen. (In ähnlicher Weise äussert sich v. Bar l. c. S. 15.) Auch hier dürfte die altbekannte röm. Parömie anzuwenden sein: „Minima non curat praetor." Der geringfügigste Fall einer Sachbeschädigung, das Zerbrechen eines fremden Zündholzes und dgl., ist doch sicherlich eher eine Achtlosigkeit, eine gutgläubige Spielerei, als ein strafwürdiges, strafbedrohtes Verbrechen.[5]) Oder sollte dies in Abrede gestellt sein? —

2. Der Strafzwang als subsidiäres Mittel im Bereich der Vermögensverletzung.

§ 34.

An die Spitze der folgenden Betrachtung stellen wir den aus dem vorigen Abschnitt resultierenden unbestrittenen Satz, dass bei Behandlung der Angriffe auf vermögensrechtl. Interessen der Staat nur dann vom Strafrecht Gebrauch macht, wenn das primäre Mittel des Civilzwangs zwar vorhanden, aber um der generellen Bedeutung der Handlung willen nicht ausreichend ist. Die Subsidiarität des Strafrechts im Kreis der Angriffe auf vermögensrechtl. Interessen wird

---

[5]) Ebenso Rotering, G.S. 47 S. 216 f. — Ein Vergehen, nicht einmal eine Übertretung i. S. des R.Str.G.B.!

allseitig anerkannt. Hieraus sowie aus früheren Erwägungen folgt unmittelbar, dass jede strafbare Vermögensbeschädigung den Schuldigen auch civilrechtlich verantwortlich macht und ihn zum Ersatz des Schadens verpflichtet, dass aber nicht umgekehrt jeder Angriff auf Vermögensinteressen, der eine civilrechtliche Haftpflicht begründet, zugleich eine strafrechtliche Sühne zur Folge hat [1]). Wenn demnach eine Handlung für das Recht so gleichgiltig und irrelevant ist, dass sie nicht einmal eine civile Klage entstehen lässt, so können wir wohl mit Sicherheit sagen, dass dann am allerwenigsten ein strafrechtlicher Anspruch des Staates begründet ist. Ebenso Binding, Normen I. § 9 S. 56: „. . . wenn ich mich mit der Reaktion des Civilrechts nicht begnügen will, so bleibt mir nur noch das Mittel der Bestrafung." Wo aber gerade in den das Privatrecht vornehmlich angehenden Fällen dieses nicht einmal reagieren zu sollen glaubt, da (subsidiär in diesem Sinn) das Strafrecht die Rolle des Civilrechts übernehmen zu lassen, wäre durch nichts nur annähernd zu rechtfertigen. — Wenn also jemand eine geldunwerte Sache weggenommen, „unterschlagen", „beschädigt" oder zerstört hat und in den ersteren Fällen die Vindizierbarkeit der Sache für deren Berechtigten unmöglich (sei es thatsächlich oder rechtlich unmöglich) geworden ist, dieser aber, weil er keinen Schaden in Geld anzugeben vermag und infolgedessen überhaupt keine civile Entschädigungsklage (man denke hauptsächlich an die Sachbeschädigungsklage!) anstrengen kann, so darf jene Handlungsweise, die immerhin den Charakter der Rechtswidrigkeit an sich tragen mag, da, wo nicht einmal ein civilrechtlicher Anspruch begründet (worden) ist, unmöglich zur strafrechtlichen Sühne herangezogen werden. Ebenso Ullmann, John l. c. S. 265 unten.

Nun führt aber auch Gebauer l. c. § 17 für die Annahme eines „strafrechtlichen Schutzes wertloser Gegenstände" die Unzulänglichkeit des dermaligen civilrechtlichen Schutzes bei unmöglich gewordener Restitution des weggenommenen wertlosen Objekts sowie bei Zerstörung wertloser Gegenstände ins Feld. — Es ist allerdings hierbei die

---

[1]) Vgl. u. a. Hälschner a. a. O. I. S. 88 oben: „Hierbei wird also vorausgesetzt, dass die civilrechtliche Norm allgemeiner gefasst ist als die strafrechtliche, so dass eine Übertretung der letzteren immer zugleich der ersteren widerspricht, nicht aber umgekehrt jede Übertretung der ersteren auch der letzteren." — v. Liszt, Lehrb. 7. Aufl. 96 § 12 a. E. S. 55: „Zu allen Rechtsgebieten tritt das Strafrecht ergänzend und sichernd hinzu („sekundäre", „komplementäre", „sanktionatäre" Natur der Strafrechtssätze)."

Unzulänglichkeit des civilrechtlichen Schutzes nicht zu leugnen. Das Eigentumsrecht ist, — darin gebe ich Gebauer (l. c. S. 88) recht — soweit es keinen Vermögenswert besitzt, gegenüber Wegnahmen und Vernichtungen der betr. Eigentumsobjekte civilrechtlich schutzlos, sobald es sich im ersteren Fall um einen Ersatz wegen Unmöglichkeit der Naturalleistung handelt[2]), während im röm. Recht die Kondemnation immer auf eine Geldsumme ging. Ebenso hat das Bürgerliche G.B. f. d. Dtsche. Reich den bisherigen Standpunkt nicht verlassen; auch hiernach wird in besagten Fällen der civilrechtl. Schutz zessieren. Dies kurz zu berühren, haben wir bereits oben Gelegenheit gehabt[3]). Nur an die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen wird die das Delikt als solches kennzeichnende Rechtsfolge, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz, im Bürgerlichen G.B. geknüpft. Wenn aber nun Gebauer a. a. O. S. 89 im Hinblick darauf äussert: „Um so

---

[2]) Wenn Gebauer l. c. S. 88 sagt: „Es wäre jedenfalls ein Verdienst, die gesammelten civilrechtl. Entscheidungen daraufhin durchzusehen, ob denn wirklich irgend einmal ein Gericht auf „Schadensersatz" wegen Nichtleistung einer geldunwerten Sache erkannt habe", so wissen wir zwar, was er meint, und in diesem Sinne ist die Frage zu verneinen; aber seine Worte klingen in dieser Fassung etwas absurd; denn es gibt wertlose Sachen, deren Wegnahme oder Vernichtung sehr wohl ihrem Besitzer einen Vermögensschaden verursachen kann. Ich erinnere hierzu bloss an die im § 274 R.Str.G.B. erwähnten Sachen: Wenn hiernach der Thäter eine als Papier völlig wertlose Urkunde (Quittung, Schuldschein und dergl., die keine Inhaberpapiere sind, auch Sparkassenbücher, Versicherungspolizen etc.; cf. Doerr i. Gerichtss. 52 S. 1 ff.) vernichtet oder unterdrückt und der Verletzte dadurch einen Vermögensschaden erleidet (sei es, dass er das, worüber die Urkunde ausgestellt war, nicht anderweitig beweisen kann oder dass die Ausstellung eines Duplikats Unkosten verursacht und dergl. m.), so haftet der Thäter civilrechtlich auf das gesamte Vermögensinteresse bezw. auf Ersatz des ganzen Schadens. Derartige gerichtl. Urteile sind leicht in Menge aufzufinden.

[3]) S. S. 125 Note 2; ferner Gebauer l. c. S. 88 f.; Liszt, Grenzgebiete etc., S. 29 ff. § 7, auch Landsberg a. a. O. S. 108 u. a. — § 221 des Entwurfs eines Bürgerl. G.B. lautete in I. Lesung: „Wegen eines andern [Schadens] als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung [in Geld] nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden." Fast unverändert ging diese Bestimmung als § 216 in die II. Lesung, als § 247 in die Reichstagsvorlage und mit kleiner redaktioneller Änderung als § 253 in das G.B. über. (Die eingeklammerten Worte sind Zusätze der II. Lesung.) Einen solchen vom Gesetz bestimmten Fall enthält Entw. II. § 22 bezw. G.B. § 12, wonach eine Schadensangabe bei unberechtigter Führung von Namen seitens eines Dritten für die Klage nicht nötig ist. Vgl. mit diesem vom G.B. anerkannten Namensrecht im allgemeinen bürgerlichen Rechtskreis das Firmenrecht der Handelsgesetzbücher und das Marken- und Zeichenrecht im Gewerberecht. Ferner Entw. II. § 770 [I. § 728] = § 831 der Reichstagsvorl. bezw. § 847 G.B.

mehr dürfen wir die Fassung der bezüglichen Strafrechtsparagraphen begrüssen, welche uns ermöglichen, die Lücke des civilen Rechts auf andre Weise zu ergänzen", so muss man unwillkürlich fragen: Ist denn das Strafrecht dazu da, dort einzutreten, wo das positive Privatrecht Lücken zeigt? Wäre es nicht besser, die Civilrechtslücken auszufüllen, als dem Strafrecht diese untergeordnete („subsidiäre" in diesem Sinn; cf. oben S. 128) Rolle zuzumuten? — In der That haben andre Civilrechtskodifikationen jene Lücke dadurch einigermassen beseitigt, dass im Gesetz nicht allein eine allgemeine Entschädigungspflicht für verursachten Vermögensschaden, sondern daneben ein „Quasischmerzensgeld wegen Verletzung persönlicher Verhältnisse" statuiert wird. Ich zitiere hierfür bloss Art. 55 des Schweizer Obligationenrechts v. 1881[4]), welcher bestimmt, dass, wenn jemand durch andre unerlaubte Handlungen „in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt" worden ist, der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen kann. Von dieser Vorschrift des zit. Art. 55 meint Lauterburg a. a. O. S. 272 gelegentlich der Rezension der Gebauer'schen Schrift, dieselbe würde, wenn sie Gebauer gekannt hätte, ihm vielleicht „etwelche Freude bereitet haben". Ich zweifle daran nicht. Dass aber jene Bestimmung sich in der Zeit ihres Bestehens als zweckmässig und heilsam erwiesen, kann ich schon im Hinblick auf die viel- und nichtssagende Redewendung „in seinen persönl. Verhältnissen ernstlich verletzt" nicht glauben; und im übrigen bestätigt ja die auf Grund jenes Artikels hervorgerufene schweizerische Gerichtspraxis, dass sich einst J. Riesser (in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsr. XXIX. N. F. XIV. S. 121) mit seiner Prophezeiung nicht sehr getäuscht hat, der besagte Artikel werde „der Prozesssucht und frivolen Klagen allen nur denkbaren Vorschub" leisten. Möge daher Art. 55 des Schweizer Obl.-Rs. nicht das Vorbild sein für die Beseitigung einer thatsächlich im deutschen Civilrecht bestehenden Lücke! —

Wie dem auch sei, ob eine Lücke im Privatrecht vorhanden oder nicht, damit hat die Eigentumsdeliktstheorie nichts für sich gewonnen. Die Civilgesetzgebung soll ihre Lücken selbst ausfüllen, das Strafrecht sorgt für die seinen. Das Strafrecht halte sich zwar bei der Behandlung der Vermögensdelikte in steter Fühlung mit dem Privatrechte, die Gesetzgebung nicht minder als die Praxis; dass aber das Strafrecht

[4]) Ausserdem wären hier zu nennen die englische und französ. Gesetzgebung.

ɔrt eintreten soll, wo sogar das Civilrecht als das Primäre nicht für ötig findet einzugreifen, hiesse nicht nur vom Standpunkt des ɔsitiven Rechtszustands aus die Sachlage verkennen und das beiderɜitige koordinierte Verhältnis von Civil- und Strafrecht ignorieren, ɔndern auch de lege ferenda, dem Strafrecht die untergeordnete Rolle ʼieder einräumen, die es früher einmal, als es noch Bestandteil des ʼivilrechts war, besessen hat. Darum kann ich Lauterburg nur eipflichten, wenn er a. a. O. S. 195 (allerdings in anderm Zusammenang) betont: „Man vergesse nicht, dass die Quellen des Strafrechts ı organischem Zusammenhang mit den übrigen Teilen des Rechts tehen und in diesem Zusammenhang interpretiert sein wollen. Dies ritt besonders deutlich zu Tage bei den Vermögensdelikten, wo der ubsidiäre Charakter des Strafschutzes hauptsächlich vorherrscht, ıacht sich aber in weniger auffälliger Weise auch sonst geltend“.

Die gleiche Ansicht spricht Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 851 .us, wenn er sagt: Es erscheint „zunächst als die Aufgabe der Civilechtspflege, die Ausgleichung von Störungen des dem Recht entprechenden Zustandes herbeizuführen. Der Strafrechtspflege kommt ıier eine subsidiäre Stellung zu. Auch ist das Bedürfnis ihres Eintretens nicht etwa einfach durch das Merkmal des bösen Vorsatzes ;ekennzeichnet. Vielmehr liegt das entscheidende Moment in der Jmgehung und Vereitlung der von der Civilrechtspflege gebotenen Mittel und Wege der Abhilfe“. S. 852 a. a. O. fährt derselbe Autor richtig fort: „Etwaige Lücken aber im System dieser :iv. Rechtsmittel auszufüllen, würde nicht Sache der Straf;esetzgebung sein.“ —

3. Das Strafrecht als Interessenschutz.

§ 35.

Wir haben bisher das Vermögensdelikt als Angriff auf vermögensechtliche Interessen aufgefasst. Daraus resultiert mit Klarheit, dass ıuch wirklich Interessen und zwar solche vermögensrechtlicher Natur vorhanden sein müssen, wenn sich eine rechtswidrige Handlung ıls „strafbarer“ Angriff auf vermögensrechtl. Interessen, als Verbrechen ;egen das Vermögen, charakterisieren soll, und dass dann von einem ıolchen Verbrechen nicht die Rede sein kann, wenn Vermögensinteressen ıicht existieren. Wir haben aber auch schon auf den öffentlichen Charakter des Strafrechts verwiesen, dessen oberste Aufgabe es ist,

nicht dem einzelnen zu dienen, sondern im Dienste der Allgemeinheit zu stehen. Dieser öffentlich-rechtliche Charakter lässt nun das Strafrecht nicht Rücksicht nehmen auf Sonder- oder Individualinteressen, vielmehr sind es einzig und allein die Allgemeininteressen, welche das Strafrecht zu beachten hat. Und wo es sich um Interessen des einzelnen handelt, so werden sie allein wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit geschützt: Auf diese Weise kann sich an ein augenscheinlich privates Rechtsgut (wie das des Vermögens) bezw. an dessen Erhaltung das Interesse der Gesamtheit knüpfen.

Was nach dieser Hinsicht wertlose Sachen anlangt, so existiert an ihnen — das beweist ja ihre Wertlosigkeit im menschlichen Verkehr, während doch sonst derartige „Sachen" Gegenstände des Verkehrs sind, — kein allgemeines Interesse. Wo aber ein allgemeines Interesse schlechthin nicht vorhanden ist, vermag das Recht unmöglich ein solches zu schützen [1]; es kann überhaupt ein solches gar nicht schützen wollen [2]. — Man wird zweierlei einwenden:

1. Es kann ein Objekt im Verkehr völlig wertlos sein, und trotzdem knüpft sich an es ein hohes Individualinteresse, besitzt es einen grossen Affektionswert. Dieser Einwand ist nach obiger Ausführung nicht stichhaltig. Das Strafrecht kann auf das Individualinteresse, auf den subjektiven (Affektions-) Wert einer Sache keine Rücksicht nehmen [3]. Es ist öffentliches Recht und trägt durchweg öffentlichen Charakter. Darum muss es hier wie überall dem Strafrecht gleichgiltig sein, ob der eine oder andre an einer allgemein für wertlos gehaltenen Sache vielleicht ein sehr hohes Interesse hat; auf eine Beachtung des Sonderinteresses muss es verzichten. Legt das Recht doch auch sonst, wo es nach den Worten des Gesetzes auf Abschätzung des Wertes ankommt (z. B. bei §§ 247,1, 370 Ziff. 5 R.Str.G.B. und §§ 23, 27,4—7, 28

[1]) Gewährt doch auch das Civilrecht in vielen Fällen wegen wertloser Gegenstände keinen Schutz, weil kein Schaden entstanden ist und das „Interesse" zur Schadensersatzleistung zu gering ist.

[2]) Denn Aufgabe des öffentlichen Rechts, speziell des Strafrechts, kann es nur sein, der Verletzung der Interessen des Gemeinwesens zu steuern.

[3]) Lueder a. a. O. S. 62 sieht in dieser Hinsicht offenbar zu schwarz, wenn er u. a. mit einem gewissen Pathos ausruft: „Auch die Verletzung solchen Wertes fordert Sühne und Satisfaktion nicht nur des einzelnen, der in solchen Werten möglicherweise besonders schwer verletzt ist (?), sondern auch des allgemeinen (?) öffentlichen Rechtsbewusstseins wegen" oder S. 63 von einem „den Verletzten untröstlich machenden, von raffinierter Bosheit diktierten, wenn auch nicht in Geld abschätzbaren, weil überhaupt unschätzbaren und unersetzlichen Schaden" (sic!) spricht.

i.V.G.; § 2 ff. C.P.O. u. a.) nach allgemein anerkannter Lehre nicht den ubjektiven (Affektions-) Wert, sondern den objektiven, i. e. allgemeinen Tausch-, Verkehrs-) Wert zu Grunde. Da sonach an völlig wertlosen Sachen ein objektives Vermögensinteresse nicht existiert, kann das Strafrecht ein solches auch nicht schützen wollen[4]).

2. Der zweite Einwand wird von Lueder in seinem schon zitierten Werk „Die Vermögensbeschädigung“ S. 61 ff. gemacht, wo er u. a. S. 63 oben ausführt, nicht das Civilrecht, sondern das „menschlich gerecht waltende Strafrecht“ dürfe Sachen mit Affektionswert „nicht schutzlos lassen“, so wie es auch Ehre, Freiheit und Leben schütze, die auch nicht in Geld umsetzbar. Dieser Einwand ist gleichfalls hinfällig. Ehre, Freiheit und Leben sind wesentliche Grundvoraussetzungen zur vollkommenen juristischen Handlungsfähigkeit und zur Rechtssubjektsqualität des Menschen, es sind inhärente Eigenschaften der vollkommenen menschlichen Persönlichkeit, so dass ihre Lostrennung von der Person des Trägers ein kindliches Begehren wäre. Diese Eigenschaften können schon aus natürlichen Gründen kein selbständiges Dasein ohne die Person ihres Trägers führen[5]). Aus solchen Erwägungen ist es geradezu absurd (um nicht zu sagen: eine wahnwitzige und selbst bei einem Laien unverzeihliche Idee), Ehre, Freiheit und Leben, des Menschen höchste Güter, mit den „Sachen“ im Sinne der §§ 242 ff., als den Objekten bei den Bereicherungsdelikten, ohne Rückhalt auf gleiche Stufe zu stellen, — davon gar nicht zu reden, dass jene „Sachen“ durch das Strafrecht nicht „geschützt“ werden sollen, daher auch als Schutzobjekte wie Ehre, Freiheit, Gesundheit, Integrität etc. nicht in Betracht kommen können, wie ich das an andrer Stelle bei ähnlicher Gelegenheit (cf. oben S. 94) schon habe hervorheben müssen. — Und um noch eins zu erwähnen — sind denn Ehre, Freiheit, Gesundheit wirklich wertlos in diesem Sinn wie eine Glasscherbe, ein Tuchfetzen oder ein Zigarrenstummel? Man denke doch! Freilich als Verkehrs- oder Tauschobjekte können sie, weil der Person

---

[4]) Vgl. zu dem Gesagten Landsberg, Iniuria und Beleidigung, a. a. O. S. 55 ff., 99 ff.

[5]) Der Unterschied der vermögensrechtlichen Interessen von den sog. immateriellen Rechtsgütern ist mit dem Hinweis gekennzeichnet, dass jene — im Gegensatz zu diesen — nicht höchstpersönliche, mit dem Individuum untrennbar verbundene Interessen desselben sind. Die im Vermögen materialisierte Bethätigung des Individuums begründet für dieses eine Herrschaft über Sachen oder Personen, welche von dem Individuum losgelöst, auf andre übertragen, in Geld abgeschätzt werden kann. Die Individualität des Vermögenssubjekts tritt gänzlich zurück.

inhärent, nicht in Betracht kommen. Aber sie sind nicht in Geld und Geldeswert umsetzbar nicht etwa deshalb, weil sie ihrem Werte (in des Wortes allgemeinster Bedeutung) nach unter die Werteinheit unsrer Geldskala herabsinken wie die wertlosen „Sachen“, sondern weil nicht bloss das Individualinteresse, sondern namentlich das Allgemeininteresse (öffentliche I.), das sich an jene Eigenschaften menschlicher Persönlichkeit knüpft, so gross ist, dass ihr Wert nicht „noch nicht“, sondern „nicht mehr“ in Geld ausgedrückt werden kann. Ist es doch schon im alten röm. Recht ein allgemein bekannter und anerkannter Satz: „Liberum corpus nullam recipit aestimationem“ (L. 7 D. de his qui effud. 9,3; l. 3 D. si quadrupes 9,1)[6]. —

Wer sonach mit uns das Verbrechen als **Interessenverletzung** ansieht, welche mit Rücksicht auf die Begriffsbestimmung des „Interesses“ als einer der allgemeinen subjektiven Betrachtung entstammenden Wertschätzung, die ein Objekt als Gegenstand desselben und somit als „Gut“ auffasst (vergl. oben S. 4 N. 15), nur Wertminderung oder Wertzerstörung ist, dürfte die Richtigkeit der Vermögensdeliktstheorie nicht in Abrede stellen. Wenn dies aber in der That gleichwohl geschieht, so ist das eine jener zahlreichen Inkonsequenzen, die sich eine herrschende Theorie zu schulden kommen lässt[7].

---

[6]) Nichts als Schönrederei enthalten die Ausführungen Lueders a. a. O. S. 61: Zum Schutze von lucrum und Geldwert seien die strafrechtlichen Schranken nicht allein und nicht einmal vorwiegend aufgeführt. Es handle sich hier durchaus nicht lediglich um einen Kampf um Geld und Geldeswert, vielmehr darum, den Angegriffenen boshafter Weise zu ärgern, zu betrüben durch das Mittel der Störung in Dingen, die seiner rechtlichen Herrschaftssphäre unterworfen sind. Schon in dieser Störung liege ganz abgesehen von dem Vermögensnachteil im engeren Sinne (?) das Strafbare, darin, dass man den Berechtigten unberechtigterweise nicht ungestört liess, die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des nicht bloss durch Civilentscheidung ausreichend zurückzuweisenden Angriffes u. s. w. Diese Bemerkung Lueders könnte als Motivierung eines legislatorischen Vorschlags verwendet werden, dahin gehend, dem § 360 Ziff. 11 einen würdigen Nachbar Ziff. 11a zu schaffen, etwa lautend: „Wer einen andern nicht in Ruhe lässt, wird . . . bestraft“, falls man nicht vorziehen sollte, die Störung des andern durch „boshaftes, mutwilliges Ärgern, Kränken und Betrüben“ selbst als groben Unfug zu beurteilen. (Venia sit verbis!) Aber davon nicht zu reden — wie kommt Lueder unter den bezeichneten Umständen dazu, von „Vermögensbeschädigung“ zu sprechen? Seine Begründung auf S. 62, dass man den Ausdruck „Vermögensbeschädigung“ strafrechtlich in einem weiteren Sinn zu nehmen habe u. dgl. m., ist jedenfalls sehr dürftig.

[7]) Ein deutlicher Widerspruch ist es, wenn Hälschner II. 1 S. 312 Sachen mit blossem Affektionswert ausdrücklich als taugliche Diebstahls- etc. Objekte anerkennt, während er sonst ebenso ausdrücklich Vermögensbeschädigung zum Diebstahl etc. fordert.

II.

Begründung aus der besondern Natur der Vermögensdelikte.

4. Das Verbrechen als „Handlung" mit Rücksicht auf den verbrecherischen Willen.

§ 36.

Es ist noch nie bestritten worden, dass das Verbrechen „Handlung" ist. Die Handlung aber muss, um eine rechtlich relevante Handlung zu sein, auf einen menschlichen Willen (als ihre Quelle) zurückgeführt werden können[1][2]. Denn gerade der Wille, der zum Entschluss (Willensbestimmung) und zur That gewordene verbrecherische, d. h. gegen die Rechtsordnung gerichtete Wille ist es, was die Strafe verdient; gegen ihn als Quelle des Verbrechens richtet sich die Strafe. Die Handlung selbst ist bloss das Erzeugnis dieses Willens, gewissermassen im Verhältnis zum Willen das Sekundäre, und der deutlichste Beweis für das Vorhandensein eines verhältnismässig intensiven verbrecherischen Willens[3]. Von diesem Gesichtspunkt aus muss ich z. B. auch der sog. subjektiven Versuchstheorie [cf. St.G.B. § 43: „Wer den Entschluss . . . bethätigt hat . . ."] den prinzipiellen Vorzug geben vor der sogen. objektiven Theorie. Gerade weil letztere der äusseren Thathandlung zu sehr das Übergewicht verleiht, scheint sie m. E. in Kollision zu kommen mit jeglichem Strafzweck. Es ist freilich zuzugeben, dass wir auf der andern Seite auch mit dem menschlich Möglichen zu rechnen haben. Wir brauchen das „Geschehnis", da wir erst von ihm aus auf den Willen und die Willensrichtung des Handelnden und namentlich auf den verbrecherischen Willen des Thäters schliessen

---

[1]) Vgl. zum Folgenden namentlich Hälschner a. a. O. I. S. 183 ff.; Schaper in Holtzd. Hdb. II. S. 151 ff. [auch schon S. 108 ff.]; v. Liszt Lhrb. 7. Aufl. 96 § 27 f. S. 102 ff.; P. Bünger a. a. O., Zeitschr. VIII. S. 573 ff.

[2]) Als „Handlung" betrachten wir nicht alles Thun, nicht jede Körperbewegung des Menschen, sondern ein solches Thun, welches auf seinem Willen basiert. In diesem Sinne kann man sagen: Das Geschehene muss ein Abbild des Willens sein, That und Wille müssen kongruieren; „Handlung" ist Einheit von Wille und That, sie ist die gewollte That. Cf. Binding, Hdb. I. S. 503; aus neuester Zeit u. a. auch E. Eisenmann in d. Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XIII. 1893, S. 457 f.

[3]) Durch das Handeln zeigt sich eben die Energie des Willens.

können:[4]) das Verhältnis der Willensrichtung zu That und Erfolg bestimmt sich hieraus[5]). Deshalb muss das Strafgesetz — wie überhaupt alles Recht an Thatsachen anknüpft — Handlungen unter Strafe stellen, nicht einzelne Seiten des menschlichen Willens; es darf aber dabei auch nicht vergessen, dass der Wille das eigentlich strafbare, das eigentliche Objekt der Strafe ist[6])[7]). Nach dem allgemeinen Grundsatz

---

[4]) Ausserdem ist selbst der verbrecherische Wille insolange ungefährlich, als er, noch nicht zum Entschluss gereift, sich nicht in Thaten umsetzt. Schon deshalb kann das positive Recht an blosse innerliche Willenszustände wegen deren Ungefährlichkeit keinerlei Strafrechtsfolgen knüpfen. Cogitationis poenam nemo patitur: „Gedanken sind zollfrei". Cujacius hat sogar die Straflosigkeit der nuda cogitatio angezweifelt; Eisenmann l. c. S. 496 f. — Über die Parömie „Cogitationis poenam etc." vgl. Schaper a. a. O. S. 118 § 10; Geib. Lehrb. II. § 88 S. 202 f.

[5]) Cf. Schütze, Lehrb. § 39 Seite 116. Über das Verhältnis von „Handlung" und „That" zu einander s. Berner, Lhrb. 13. Aufl. S. 157: Handlung ist die Bewegung des Willens auf dem Boden der Aussenwelt, im Gegensatz zur That, welche nur das abgelagerte objektive Ergebnis dieser Bewegung bezeichnet.

[6]) Hiermit stimmen die Ausführungen Sliosbergs in der Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XI. S. 707 f. (bereits oben S. 2 N. 7 zitiert) überein: Gegen den verbrecherischen Willenszustand hat die Strafe zu wirken; das ist das eigentliche Objekt der Strafe. Also nicht gegen die „Handlung", nicht gegen die zugefügte „Verletzung", sondern gegen die verbrecherische Eigenschaft, gegen den moralischen Zustand — welchen Prof. Foinitzky in seiner „Lehre von der Strafe in Verbindung mit der Gefängniskunde", St. Petersburg 1889, den Kriminalitätszustand nennt — des Thäters wird die Strafe gerichtet. Die Strafe wird an der Person angewendet, die durch die verbrecherische Handlung ihren individuellen Kriminalitätszustand bekundet. (Sliosberg l. c. S. 707.) „Es wäre aber — fährt Sliosberg a. a. O. S. 708 fort — sehr gefährlich für die Freiheit der Bürger, wäre die Strafe immer anzuwenden, wenn nur Grund für Annahme des Kriminalitätszustandes eines Subjekts vorhanden wäre, m. a. W. wären die Voraussetzungen der Strafe nur durch die subjektive Eigenschaft des einzelnen bedingt. Recht, Rechtsordnung sind objektive Begriffe. Die Strafe ist Rechtsfolge, und als solche muss sie einem objektiven Thatbestand folgen, nur Handlungen können die Strafe nach sich ziehen." — Ebenso Eisenmann l. c. S. 458. Cf. Note 4 a. E.

[7]) Es war (um dies nebenbei zu erwähnen) ein Grundsatz des altdeutschen Strafrechts, dass nur, wer willentlich oder freventlich (mit Frevel = fra-vili [ahd.] oder vrevele [mhd. und mnd.] = verkehrter Wille, lat. übersetzt: temeritas) pecciert hat, gestraft wird: Nur die absichtliche Missethat war nach den altgermanischen Rechten Friedensbruch. Damit wird schon im ältesten Strafrecht auf den Willen des Thäters als das massgebende Moment deutlich hingewiesen (vgl. zu dem über das germ. Recht Gesagten u. a. die bereits S. 108 N. 16 zit. Werke von Wilda und Osenbrüggen); also immer subjektives Unrecht, nicht blosses objektives Unrecht! (Dieser Ausdruck sei hier gestattet! „Was man das objektive Unrecht nennt, ist reiner Zufall." Binding, Normen I. § 25 S. 136 und § 29 S. 175; Eisenmann l. c. S. 457 N. 5 f.)

strafrechtlicher Zurechnung — betont Ullmann gelegentlich einmal ausdrücklich — ist die That nicht nach ihrer äussern Qualität, sondern vom Gesichtspunkt des Handelnden aus, in dessen Willen sie ihren Ursprung hat, zu beurteilen[8])[9]). Darum lege ich bei den einzelnen

---

[8]) Aus diesen Erwägungen halte ich mit dem Reichsgericht den für strafbar, welcher auf eine Leiche schiesst in der Meinung, es sei eine lebende Person; oder der in ein Haus eindringt, um eine bestimmte Sache zu stehlen, die sich jedoch nicht darin befindet. In beiden Fällen ist der verbrecherische Wille nicht bloss unleugbar vorhanden, sondern er ist auch — was zur Strafbarkeit erforderlich ist — in die Aussenwelt getreten, er hat sich in einer „Handlung" realisiert. Dass nun das Objekt des ersteren Verbrechens „absolut untauglich" war und das des zweiten fehlte, ist im Verhältnis zum Willen des Thäters reiner Zufall, auf alle Fälle von dem Willen und dem Bewusstsein des Thäters ganz unabhängig. Der verbrecherische Wille war da, auf ihm basierte die Handlung; warum sich der Handelnde somit keines strafbaren Versuchs schuldig gemacht haben soll, ist m. E. nicht abzusehen, zumal (auch de lege ferenda ist dies sehr wichtig) derartige Handlungen, wie oben angeführt, sehr wohl den Charakter der Gefährlichkeit für rechtlich geschützte Interessen an sich tragen. Hält man dies nicht für zutreffend, so könnte jeder, der z. B. gestohlen, sich mit Recht darauf berufen, dass er nicht gestohlen hätte und infolge dessen straflos ausgehen müsste, wenn nur der gestohlene Gegenstand sich nicht am Thatort befunden hätte, und dafür, dass der Gegenstand sich dort vorfand, treffe ihn kein Verschulden. Jeder, der einen Mord begangen, könnte mit Recht sagen, und wir würden es ihm sofort glauben: Ich hätte den X nicht ermordet, wenn er tot gewesen wäre. Die bekannten Schulfälle vom Totbeten u. dgl. m. darf man ernstlich nicht zum Beweis der objektiven Theorie anführen; denn dass bei derartigen Fällen — ganz abgesehen davon, dass sie äusserst selten praktisch sein dürften, — eine Zurechnungsfähigkeit des Thäters wohl nicht anzunehmen ist und dieser daher eher in eine Irrenklinik als in das Zuchthaus oder Gefängnis gehört, sollte einleuchten. Übrigens gehört der Fall des Totbetens, der höchstens eine versuchte Anstiftung Gottes oder irgend einer überirdischen Macht zur Begehung einer Tötung bedeutete, wegen dieser jurist. Qualifikation gar nicht hierher. Was aber andere Arten des Versuchs am untauglichen Objekt oder mit untauglichen Mitteln betrifft, so wäre auch in diesen Fällen die Strafbarkeit prinzipiell (in thesi) nicht auszuschliessen. Der Versuchende irrt sich in jedem Fall über das Gesetz des Naturkausalismus. Auf die sog. absolute und relative Tauglichkeit des Objekts oder Mittels kommt es strafrechtlich gar nicht an, sondern nur darauf, ob das Objekt etc. in der Vorstellung des Handelnden ein taugliches war oder ob der Handelnde die Untauglichkeit selbst kannte. Letzternfalls läge kein Versuch vor. [Vgl. die trefflichen Bemerkungen über „die Grenzen des strafbaren Versuchs" von Ernst Eisenmann S. 456 ff.] Wofern nämlich das Gewollte nicht zugleich als durch den Willen realisierbar vorgestellt wird, kann von einem Wollen und von Absicht nicht die Rede sein. — Manche recht gute Bemerkungen hierüber finden sich u. a. auch bei Schwarze in Holtzd. Hdb. d. Strafr. II. S. 290 ff. §§ 8—10. Über die Vertreter der subjekt. und objektiven Versuchstheorie: H. Meyer l. c. S. 210 f. und die Fussnoten daselbst, sowie Liszt, Lhrb. 7. Aufl. 1896.

hier zu besprechenden Verbrechen das grösste Gewicht auf den **Willen** des Thäters. Es handelt sich jedoch dabei nicht um jene innern ethischen Zustände des Thäters, welche dem Willen die entscheidende und für rechtlich geschützte Interessen gefährliche Richtung gegeben haben (vgl. Ullmann, Dolus etc. S. 36, 37); ganz ferne liegende und für die juristische Qualifikation bedeutungslose „Motive" haben wir ausser acht zu lassen und zwar schon deswegen, weil derartige innerliche Vorgänge — wie oben bereits berührt — sich, um mit Ullmanns (a. a. O. § 8 S. 61—64) Worten zu reden, dem juristischen Beweise völlig entziehen. Doch bedarf diese Behauptung einer einschränkenden Präzision.

„Wenn es — sagt v. Bar a. a. O. S. 13 hierzu m. E. ganz richtig — allerdings sicher nicht Aufgabe der Strafjustiz sein kann, auf ganz fern liegende Zwecke (Motive) des Schuldigen Rücksicht zu nehmen, so ist es doch mindestens ebenso falsch, die Berücksichtigung der Motive im Strafrecht[10]) einfach als unjuristisch oder unzulässig zu bezeichnen, und kommt es vielmehr darauf an, der Berücksichtigung der Motive im Strafrecht richtige und praktisch sicher zu handhabende Grenzen zu setzen." — Bei der Strafausmessung durch den Richter —

§ 47 S. 189 ff., der sich unter Umständen für Bestrafung des „untaugl. Versuchs" erklärt, ohne ganz den Standpunkt des Reichsger. einzunehmen. Dickel, l. c. S. 26, 39, 47, 49, hält auch dafür, dass am untauglichen Objekt ein strafbarer Versuch möglich sei.

[9]) Damit scheint m. E. in Widerspruch zu stehen, was derselbe Autor l. c. S. 86 betont, es komme nur auf den „rechtswidrigen Erfolg als solchen" an. Cf. ib. S. 30: „Offenbar kann dem Thäter nur soviel von dem rechtswidrigen Erfolge zugerechnet werden, als durch seinen Willen, bezw. durch die Darlegung desselben in der rechtsverletzenden Handlung, zum Ausdruck gelangt ist." Davon gibt es aber im positiven Strafrecht Ausnahmen; Objektive und subjektive Kausalität (= Verschuldung) decken sich nicht immer. Cf. St.G.B. §§ 178, 224 (cf. 225), 226 u. a. m.

[10]) Solange nämlich ein Mensch recht thut, kommt es auf das Motiv, welches ihn leitet, für die rechtliche Qualifikation ausnahmslos nicht an, wohl aber, wenn einer unrecht thut. „In maleficiis voluntas spectatur." — Dem röm. Rechte war schon der Grundsatz geläufig, „dass das Strafrecht seine Basis in der menschlichen Willensfreiheit hat und es sohin nötig ist, das Wesen des einzelnen Delikts aus der Willensbeschaffenheit des Thäters zu erkennen" (Ullmann l. c. S 22). Das röm. Strafrecht nahm vorzugsweise Bedacht auf die Willensstimmung des Thäters in allen ihren Momenten, und daraus erklärt es sich, dass für das furtum das Motiv der That, nämlich die Gewinnsucht, als Erfordernis in der Legaldefinition Aufnahme fand (l. c. S. 23).

das wird allgemein zugegeben — ist notwendig auf die (nächsten) Motive des Handelnden Rücksicht zu nehmen: Aber was ist denn die richtig aufgefasste Rechtswissenschaft schliesslich anderes als die Zusammenfassung desjenigen, was der praktische Jurist im einzelnen sich zum Bewusstsein bringen und anwenden soll? — In diesem Sinne behält Lauterburg a. a. O. S. 178 recht, wo er betont: „Es kommt für den Rechtsgüterschutz z. B. nicht nur darauf an, ob jemand vorsätzlich eine fremde Sache rechtswidrig wegnimmt, sondern auch darauf, ob der Thäter aus tieferen Motiven handelte und aus welchen, resp. was er bei der Wegnahme beabsichtigte."[11]) Weist doch in vielen Fällen schon der gesetzliche Thatbestand in seiner subjektiven Richtung auf die Notwendigkeit einer Konstatierung der „Absicht" des Schuldigen ausdrücklich hin![12]) „Absicht" in dieser Bedeutung[13]) ist aber „Abzielen" auf einen bestimmten Erfolg und „Beweggrund" („Motiv") oder „Zweckgedanke" des Wollens. [Daher „finis movet".] So geht — um das nächstliegende Beispiel zu erwähnen — die „Absicht" beim Diebstahl[14]) auf „Zueignung" einer fremden Sache, der „Vorsatz" dagegen, der nicht „Bezwecken[15]) des Erfolges" ist, bloss auf vollendete Weg-

---

[11]) Vgl. Hälschner a. a. O. I. S. 449 f.: Es genügt niemals, nur zu wissen, dass der Mensch eine Handlung verübt habe, sondern erst, wenn die Frage, warum er die Handlung verübte, beantwortet ist. Wir verlangen Aufschluss über Motiv und Zweck der verbrecherischen Handlung, über die Gesinnung. Ebendort S. 509 ff., 522 ff. Landsberg, a. a. O. S. 60 N. 1 a. E. — Für die Verhängung der Ehrenstrafen (§ 248 etc.) ist die Rücksicht auf das Motiv und die Gesinnung des Thäters entscheidend.

[12]) Cf. Schaper l. c. S. 196 ff. — Das Strafgesetz nimmt speziell die Absicht eines bestimmten rechtswidrigen Handelns in gewissen Thatbeständen auf: z. B. die Absicht, sich eine fremde Sache rechtswidrig zuzueignen oder sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen. Cf. Lauterburg S. 197; Hälschner I. S. 525.

[13]) = materielle Absicht (Zweck) im Gegensatz zur formalen (vgl. Hälschner, gelegentlich II. 1 S. 425 oben und anderwärts).

[14]) Die Zueignungsabsicht ist Zweck: Ullmann l. c. § 9 S. 64.

[15]) Jeden Zweckgedanken muss man vom Begriff des „Vorsatzes" fernhalten und auf Rechnung einer „Absicht" schreiben. Lauterburg l. c. S. 176. Ich kann darauf natürlich des näheren hier nicht eingehen. Man vergleiche darüber: J. Kohler, Studien aus d. Strafr. I. 1890 S. 67 ff. („Vorsatz und Absicht"); Meyer, Lehrb. 3. Aufl. 82 S. 157 ff. § 27, 4. Aufl. 88 S. 205 ff. § 26, 5. Aufl. 95 S. 166 ff. § 25; Merkel, Lehrb. S. 78 ff.; Hälschner I. S. 283 ff. Als von der Ansicht Lauterburgs (l. c. S. 177: Vorsatz ist „zur That gewordenes Wollen [daher „Willenstheorie" im Gegensatz zur „Vorstellungstheorie"] eines vorgestellten

nahme derselben[16]). Hinter jener Zueignungsabsicht kann aber eine fernere Absicht stecken, abzielend auf einen besondern Erfolg aus der Zueignung als Endziel. Auf derartige Endzwecke kann sich nach obigen Ausführungen bezüglich der Berücksichtigung von Motiven des Handelnden die Strafrechtswissenschaft und die Gesetzgebung nicht einlassen; solche ferner liegende Motive haben auch wir bei der folgenden Darstellung schlechthin ausser Betrachtung zu lassen.[17]) — Aus diesen Erwägungen dürfte einerseits Lauterburg zwar nicht unrecht haben, wenn er gelegentlich der Rezension der zit. Gebauerschen Schrift in d. Zeitschr. f. Schweizer Strafr. VI. S. 273 oben sich dahin ausspricht: „Gebauer hält nicht konsequent genug an der Thatsache fest, dass die Frage nach dem strafrechtlichen Schutz wertloser Gegenstände durchaus verschieden und unabhängig ist von der Frage, ob das Gesetz zum subjektiven Thatbestand gewisser Delikte Gewinnsucht oder Bereicherungsabsicht und dgl.[18]) verlangt"; anderseits ist aber Gebauer a. a. O. doch insoweit beizupflichten, als aus dem Requisit einer gewinnsüchtigen Absicht im gesetzlichen Thatbestand sehr wohl ein unfehlbarer Schluss gezogen werden kann für die Beantwortung der Frage, ob das betr. positive Recht auf dem Standpunkt der Eigentums- oder der Vermögensdeliktstheorie steht. Darum haben auch wir in der Verfolgung der geschichtlichen Ent-

---

rechtserheblichen Thaterfolgs, aber nicht Bezwecken des Erfolgs") abweichend sind daselbst in Note 1 auf S. 176 zitiert: v. Liszt, Lehrb. 4. Aufl. 91 S. 129, 174 ff., 7. Aufl. 96 § 38 S. 149 ff. und Frank in d. Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. X. 1890 S. 169 ff („Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre"). Gegen Frank a. a. O. S. 220 ff. wiederum: v. Buri im Gerichtssaal Bd. 43 S. 241 ff. „Vorstellung und Wille" [darüber: v. Hippel in der Zeitschr. XI. S. 733 No. 11]. Vgl. auch v. Buris Aufsatz: „Über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung" im Gerichtss. Bd. 41 S. 408 ff. [darüber v. Hippel in d. Zeitschr. X. S. 744 No. 32]. Ferner gegen Frank a. a. O.: H. Ortloff in d. Zeitschr. XIV. S. 161 ff.: „Zur Lehre von dem strafrechtlichen Vorsatz und dem Determinismus." Neuestens wieder v. Buri i. G.S. Bd. 52 (1896) 4. Heft S. 285 ff.: „Wille, Determinismus, Strafe."

[16]) D. h. darauf, die Sache dem Gewahrsam des Inhabers zu entziehen und von ihr selbst Besitz zu ergreifen.

[17]) Darum ist es z. B. für den Diebstahl gleichgiltig, zu welchen Zwecken die Zueignung geschieht.

[18]) Zwischen der gewinnsüchtigen, Bereicherungs-Absicht, der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erwerben, eigennützigen Absicht und dgl. m. lässt sich nach dem hier in Frage kommenden Sprachgebrauch eine Verschiedenheit nicht nachweisen. (So ausdrücklich Merkel u. a.)

wicklung und in der Darstellung der deutschen Partikularrechte bis zum R.Str.G.B. stets betont, dass dieses oder jenes Strafgesetzbuch eine gewinnsüchtige Absicht in der Legaldefinition gewisser Verbrechen ausdrücklich enthält. Und wir können sagen, dass überall, wo dies zutraf, ein weiterer Beweis dafür, dass betreffendes Strafgesetz der Vermögensdeliktstheorie huldigt, überflüssig erscheint und dass ein Gegenbeweis vollständig schon durch jenes Erfordernis der Gewinnsucht etc. ausgeschlossen wird. „Dass das deutsche Strafrecht, wenn und solange es für den Begriff des Diebstahls das Motiv der Gewinnsucht verlangte, die Absicht des Thäters voraussetzen musste, das Vermögen des Eigentümers [ich interpoliere: eines Dritten, der nicht notwendig Eigentümer zu sein braucht,] zu beschädigen, sein eigenes auf fremde Kosten zu bereichern, liegt in der Natur der Sache.“ (Dickel a. a. O. S. 56.)

Nach den bisherigen Erörterungen ist notwendig immer zuerst zu fragen: Was hat denn der Thäter eigentlich gewollt? Welche Vorstellung hat er von seiner Handlungsweise gehabt? Diese Frage muss uns namentlich auch dann leiten, wenn wir die Frage nach dem Objekt besonders der auf vermögensrechtliche Interessen gerichteten Verbrechen zu untersuchen haben. Wir dürfen aber hierbei keine als sog. Schulfälle fungierenden Ausnahmsthatbestände, sondern im praktischen Leben regelmässig eintretende Fälle zum Objekt unsrer Untersuchung machen, bezw. wir müssen mindestens von solchen ausgehen.

§ 37.

Bereits oben S. 57 ff. dsr. Abhdlg. wurde hervorgehoben, dass alle auf vermögensrechtl. Interessen gerichteten Angriffe sich scheiden lassen in solche Verbrechen, wobei es dem Thäter lediglich darauf ankommt, einen Nebenmenschen — sei es aus Mutwillen, Bosheit, Rachsucht oder andern Motiven, worauf im übrigen hier kein Gewicht zu legen ist[1]) — zu schädigen, oder in solche, wo der Thäter selbst einen Vorteil haben will.

---

[1]) Die deutsche Partikulargesetzgebung verlangte vielfach bei der blossen Vermögens- (Sach-) Beschädigung den Dolus in spezieller Modifikation; so Sachsen, Hannover, Baden, Thüringen, Österreich.

A. Die verbrecherische Absicht bei der reinen Vermögensbeschädigung.

Was will der Thäter bei der dolosen Sachbeschädigung nach § 303?[2]) — Natürlich eine fremde[3]) Sache beschädigen oder zerstören[4]), und selbstredend nicht um der Sache selbst willen (Notstand, Notwehr und dgl., sowie andre nicht rechtswidrige oder straflose Handlungen gehören nicht hierher), sondern wegen desjenigen, der die Sache besitzt und infolgedessen die aus solchem Besitz entspringenden Vorteile vermögensrechtlicher Art geniesst, also m. a. W. um ihres Besitzers willen! — Man rechnet nun bekanntlich nach der herrschenden Theorie heutzutage noch die Sachbeschädigung zu den Eigentumsdelikten, d. h. zu den Verbrechen, welche sich nicht gegen fremdes ökonomisches Vermögen, sondern gegen fremdes Eigentumsrecht wenden. Der Sachbeschädiger also soll nach dieser herrschenden Ansicht das Eigentumsrecht an der Sache, dem Objekt der Handlung, verletzen oder gar vernichten wollen. Ich glaube aber und habe bereits oben S. 42 ff. zur Genüge darauf hingewiesen, dass es dem Thäter sehr wenig darauf ankommt, irgend welches Eigentumsrecht an der betreffenden Sache zu verletzen oder verletzen zu wollen. Seine Absicht kann — wenn man die Verhältnisse so ansieht, wie sie in Wirklichkeit liegen — im Gegenteil keine andre sein, als den Sachbesitzer ohne Rücksicht auf dessen eventuelles Recht (an der Sache) in seinem Vermögen zu schädigen.

---

[2]) Motiv und Zweck des Thäters ist, wie hervorgehoben, für den Thatbestand der Sachbeschädigung gleichgiltig, so dass auch die um eines erlaubten Zweckes willen absichtlich verübte Sachbeschädigung nicht aufhört, als solche strafbar zu sein; cf. Hälschner II. 1 S. 389 oben.

[3]) Zerstörung eigener Sachen: § 137; 304; cf. S. 71, 75.

[4]) Bezüglich des subjektiven Thatbestandes der Sachbeschädigung bin ich mit neueren oberstrichterlichen Entscheidungen nicht einverstanden: Nach einer Entsch. ds. Oberlandesger. München v. 23. März 95 in der Sammlg. d. Entsch. ds. Ger. VIII. S. 274 ff. soll die Absicht, eine fremde Sache zu beschädigen, zum Thatbestand der Sachbeschädigung nicht erforderlich sein. Es genüge, dass durch eine vorsätzliche und rechtswidrige Handlung des Thäters die Beschädigung einer fremden Sache herbeigeführt worden ist. Nach einer R.G.Entsch. in Strafs. XV. S. 12 genügt das Bewusstsein der Beschädigung.

Was anders soll es heissen: „eine Sache beschädigen etc.“, als die Sache durch Einwirkung auf ihre Substanz in ihrem Wert verringern oder denselben ganz vernichten? Werfe ich eine Fensterscheibe ein, so habe ich damit nicht im geringsten das Eigentumsrecht eines andern vernichtet oder auch nur nach meiner Intention angegriffen. Das Recht als solches besteht — wie oben gesagt — auch am zerbrochenen Fenster ruhig wie bisher fort. Aber der Fensterbesitzer ist wirtschaftlich (in seinem Vermögen) geschädigt, indem die zerbrochene Sache selbstredend nicht mehr soviel wie früher wert ist und zur Reparatur Kosten erfordert. Derjenige, welcher in concreto derartige Aufwendungen machen müsste, wäre als Geschädigter oder Verletzter anzusehen. Auf Vermögensbeschädigung und nicht auf Eigentums-(rechts-) Verletzung war jedenfalls die Absicht des Thäters gerichtet. — Diese Auffassung wird an folgendem praktischen Beispiel recht klar: Der Thäter beschädigt eine im Besitz bezw. in der Detention eines Dritten befindliche Sache. Dieser Dritte ist nicht Eigentümer, sondern bloss Pächter und auf Grund des Pachtvertrags die Reparatur auf eigene Rechnung zu besorgen verpflichtet. Das weiss der Sachbeschädiger; den Pächter wollte er schädigen, und er hat ihn auch faktisch geschädigt. Warum sollte er wegen Verletzung fremden Eigentumsrechts, das er gar nicht verletzen oder angreifen wollte [indem er vielleicht der beste Freund des Eigentümers ist, ohne geradezu mit dessen Einwilligung gehandelt zu haben], unter Strafe gestellt werden? Ist doch in unserm Fall jener Pächter der geschädigte Besitzer. — Kurz: wenn die Sachbeschädigung sich gegen das Eigentumsrecht richten soll, dürfte das Delikt — von andern Momenten nicht zu reden — eben keine Sachbeschädigung sein.

Das Gleiche gilt von den übrigen Delikten, welche bloss das Moment der Schädigung Dritter in ihren Vermögensinteressen enthalten: Str.G.B. § 266.

B. Die Zueignungsabsicht.

§ 38.

Gehen wir zum Diebstahl und den verwandten Delikten über! Wie sieht es hier hinsichtlich des subjektiven Thatbestands, des Willensmomentes aus? Was will der Dieb, der Räuber? —

a) Der Thäter will die That um ihrer selbst willen; Vorsatz und Absicht fallen hier zusammen, z. B. jemand stiehlt, bloss um zu stehlen, um seiner Lust am Stehlen zu genügen: sog. Kleptomanie etc. Von derartigen forensisch-psychiatrisch interessanten Fällen haben wir hierorts nicht weiter zu handeln.

b) Der Handelnde will die That nicht um ihrer selbst willen, sondern er beabsichtigt verschiedene Erfolge seines Handelns[1]).

Der Dieb will natürlich die fremde Sache, die er „wegnimmt“ und die (somit) Objekt seiner Handlung ist. Will er das Eigentumsrecht an dieser weggenommenen Sache? — Unmöglich! Dass will und kann er nicht durch seine Handlung erlangen, wie wir oben S. 81 f. gesehen.[2]) Will er die blosse Detention der Sache? Nein; der Dieb nimmt sie ja nicht in der Absicht weg, sie nur inne zu haben, sondern — wie das Gesetz sagt — „sich dieselbe zuzueignen“. (Vgl. Rüdorff, Komm. § 242 No. 14; Merkel bei Holtzd. III. S. 648; Dickel S. 53.)

Wir haben schon oben an soeben zit. Stelle Gelegenheit genommen, auf die Mangelhaftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen über Diebstahl etc. namentlich im Hinblick auf die geforderte „Zueignung“ bezw. „Zueignungsabsicht“ hinzuweisen.[3]) Da aber das Gesetz nun einmal die in § 242 etc. verlangte Absicht als Zueignungsabsicht bezeichnet,

---

[1]) Cf. Dickel l. c. S. 56 f.: Wer eine fremde Sache rechtswidrig wegnimmt, kann dies in zweifacher Absicht thun, entweder um sich auf fremde Kosten zu bereichern, d. h. das fremde Vermögen zu verringern, oder in der Absicht, dies nicht zu thun. Im letzteren Fall lassen sich aber nur drei Möglichkeiten denken: 1. Wegnehmen der fremden Sache, um sich für eine Forderung bezahlt zu machen, 2. Wegnehmen gegen Zurücklassung eines Äquivalents und 3. Wegnehmen einer fremden Sache, um sie im Interesse, in den Nutzen des Eigentümers zu verwenden. [Dickel S. 57 hält, wenn auch nicht nach dem Wortlaut, so doch nach der Intention des deutschen St.G.B. alle die zuletzt genannten Fälle richtigerweise nicht für Diebstähle. Wir kommen auf die einzelnen Fälle später zurück.]

[2]) Gleichwohl sprach das bayr. St.G.B. v. 1813 von der Absicht des Diebes, Eigentümer zu werden, die Sache „als Eigentum zu haben“. Ähnlich mehrere ältere und neuere Schriftsteller, worüber das Nähere unten.

[3]) Ebenso Ullmann l. c. S. 85: Auch die heutige Diebstahlsbegriffsbestimmung ist unzureichend „wegen des für das Strafrecht schwankenden Begriffs der Zueignung“ etc.; desgleichen S. 86. — Hälschner l. c. II. 1 S. 356 § 102 a. E.: „Die Art, wie Doktrin und Praxis sich den vollen Konsequenzen der gesetzlichen Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung wie des Diebstahls zu entziehen suchen (vgl. darüber § 54 dsr. Abhndlg.), liefert den Beweis für das Mangelhafte derselben.“

müssen wir dieselbe auch interpretieren. Ich halte die Klarstellung des Begriffs der „Zueignungsabsicht“ für unsre Frage für so wichtig, dass ich die Interpretation desselben seitens der einzelnen Schriftsteller[4]), soweit sie von einander abweichen, im Folgenden kurz wiedergebe. Hierbei beschränke ich mich möglichst auf die neuere und neueste Litteratur und verweise bezüglich der älteren Litteratur auf die bei Ullmann, Dolus beim Diebstahl S. 3 ff. Note 1 ff., genannten Werke[5]).

Über den Dolus beim Diebstahl und den andern Zueignungsverbrechen[6]) sagt Ullmann in seiner zit. Schrift S. 30: „Der Dieb beabsichtigt, eine f. b. Sache seiner eigenen Willkür zu unterwerfen, um über dieselbe so zu verfügen, wie es nur der Eigentümer darf.“ S. 31 f.: Der Thäter will „beim Diebstahl die Sache selbst haben und über dieselbe wie ein Eigentümer verfügen.“ (Ebenso l. c. S. 36.) A. a. O. S. 37: „Beim Diebstahl ist die juristisch und für die kriminalistische Beurteilung der Handlung allein massgebende Willensbestimmung — die Absicht, durch widerrechtliche Wegnahme der Sache aus fremdem Gewahrsam über dieselbe unbedingt zu verfügen.“ S. 55: „Jedenfalls will der Dieb den Eigentümer [nicht den Besitzer?] um die Sache als solche bringen, um über dieselbe als [= wie ein] Eigentümer zu verfügen.“[7]) Ebenso S. 64 § 9. S. 65: „Absicht des Diebes, die

[4]) Einzelne enthalten sich der Begriffsbestimmung vollständig und zählen in kasuistischer Weise bloss konkrete Fälle auf, in denen Zueignung bezw. Zueignungsabsicht vorliege. So v. Schwarze, Komm. § 242 No. 14.

[5]) Auf der Zueignungsabsicht beruhen ausser Diebstahl, Raub sowohl die Unterschlagung als manche Fälle des Betrugs etc. ebenso naturgemäss, wie dies beim Diebstahl behauptet werden muss. (Ullmann S. 30 f., cf. oben S. 85.) Der Unterschied von Diebstahl, Unterschlagung, Betrug liegt nicht in der Absicht, sondern in der Thathandlung; daher wegen Unterschlagung und Betrugs infolge der minder gefährlichen Thathandlung gelindere Strafe (cf. l. c. S. 31 f.).

[6]) Vgl. vor. N. 5 und insbes. Ullmann a. a. O. S. 32 unten: „In dem soeben Entwickelten wäre nachgewiesen, dass der Diebstahl einerseits gegenüber dem Betrug und der Unterschlagung wesentlich durch die Thathandlung, gegenüber der Sachbeschädigung und der unerlaubten Selbsthilfe durch die Absicht als besonderes Eigentumsdelikt hervortritt, und es gibt keine spezifisch diebische Absicht, deren Berücksichtigung in der Begriffsbestimmung dieses Delikts in dem Grade notwendig ist, dass ohne dieselbe ein wesentliches Erfordernis des subjektiven Thatbestandes fehlen würde.“

[7]) Ähnlich Wengler: Das Wesen des animus rem sibi habendi bestehe nur darin, dass der Dieb hinsichtlich der f. Sache als wirklicher (?) Eigentümer sich geriere; Kersting: Absicht, über die Sache als Eigentümer zu verfügen, sei es zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil anderer oder in sonstiger Weise.

Sache dem Eigentümer oder demjenigen, der sie in seinem Gewahrsam hat, dauernd zu entziehen". Namentlich S. 66: Absicht, „den Eigentümer oder Besitzer dauernd um die Sache zu bringen und sie in Hinkunft seiner eigenen Willkür zu unterwerfen. Kurz, der Thäter will über die fremde Sache verfügen ... Hiernach wäre also die diebische Absicht [ist hier mit „Zueignungsabsicht" gleichbedeutend gebraucht] des näheren als die Absicht zu bestimmen, über eine fremde Sache der Substanz nach durch Entziehung derselben zu verfügen." Ebenso l. c. S. 66 unten, 67 § 10, 68. S. 70: „Absicht, über die fremde Sache, ohne ein Recht zur Sache oder an der Sache zu haben, zum Nachteile des Eigentümers [nicht auch des Besitzers schlechthin?] zu verfügen". Ferner a. a. O. S. 84.

Mehr oder minder übereinstimmend mit Ullmann a. a. O. definieren die Absicht, sich die Sache zuzueignen, fast sämtliche neuern Schriftsteller:

Merkel in Holtzd. R.L. I. (3. Aufl. 80) s. v. „Diebstahl" S. 527: Absicht, „dem Verletzten die Sache definitiv zu entziehen und . . . sie dem Willen und den Interessen eines andern in ausschliessender Weise dienstbar zu machen". Ebenso in Holtzd. Hdb. a. a. O. S. 648 zu Note 1, 649.

Berner, Lhrb. (12. Aufl. 82: S. 532, 16. Aufl. 91 S. 501): „Der Dieb will die Sache wie ein Eigentümer haben . . ."

Binding, Normen II. § 69 S. 545, charakterisiert die Zueignungsabsicht als auf Herstellung „eines thatsächlichen Eigentums wider Willen des Rechts" gerichtet. Der Thäter muss für sich ein Verhältnis zur Sache schaffen wollen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentum zu sein.

Olshausen II. § 242 No. 28: „Die Absicht, die . . . Sache »sich zuzueignen«, die sog. diebische Absicht, ist der Vorsatz [cf. l. c. No. 27] des Thäters, die Sache dem Verletzten definitiv zu entziehen und an ihr den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechtes ausübt."[8]) Ebenso:

John in der Zeitschr. a. a. O. I. S. 256: Der Dieb hat die Absicht, „durch Wegnahme der Sache den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse an der weggenommenen Sache auszuüben, die an derselben Sache der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt". Er will

[8]) Ähnlich früher Temme: „Absicht, an derselben ein Eigentumsrecht auszuüben"; s. Ullmann S. 28 N. 70.

die Sache „in sein Eigentum bringen" (ebendort S. 256 unten und S. 257 oben).[9]) Ferner (mit Olshausen fast wörtlich übereinstimmend):

J. Lohr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebst. begangen werden? S. 15, 33.[10])

Dickel, Thatbestand des Diebst. S. 53 f.: „Absicht des Diebes, dem Bestohlenen die Sache vollständig und dauernd zu entziehen, zwischen sich und diesem ein dauerndes Verhältnis in Beziehung auf die Sache zu begründen." S. 55: Für den Dieb ist das wesentliche, „dass er beabsichtigt, sich in die Lage zu bringen, wie ein Eigentümer über die fremde Sache zu verfügen, sich thatsächlich die volle praktische Ausübung des fremden Eigentums zu verschaffen, sie in sein Vermögen zu bringen."[11])

Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. II. 1 S. 291 zu Note 2: „Die Absicht des Diebes, die Sache sich zuzueignen, . . . geht . . . darauf, die Sache dem Eigentümer bleibend zu entziehen und sie in das eigne Vermögen, den Kreis der Güter zu bringen, über welche der Inhaber die ausschliessliche Herrschaft in Anspruch nimmt. Der Dieb will, ohne Eigentümer zu sein, gleich einem Eigentümer frei und ausschliesslich über die Sache verfügen." Ebenso S. 350.

Oppenhoff § 242 N. 41 (8. Ausg. 81: S. 508, 11. Ausg. 88: S. 556, 13. Ausg. 96: S. 561): Absicht, „thatsächlich sie in sein Vermögen und sich in die Lage zu bringen, alle Rechte eines Eigentümers ausüben zu können".

Rüdorff § 242 No. 14 (3. Aufl. 81: S. 545, 4. Aufl. 91: S. 552): „Absicht des Diebes, die fremde Sache in sein Vermögen zu bringen".

Schütze, Lehrb. § 91 S. 430 (2. Aufl. 74): „. . . die Substanz der Sache dem Inhaber zu entziehen und dauernd oder vorübergehend,

---

[9]) Desgleichen Temme (zit. bei Ullmann S. 30): „Absicht, die Sache in sein Eigentum zu bringen, sie zu behalten und über dieselbe zu verfügen". Vgl. auch Ullmann S. 30: „Absicht, fremde Eigentumsrechte widerrechtlich sich anzumassen".

[10]) Die Absicht rechtsw. Zueignung — fährt Lehr S. 33 fort — „fehlt aber da, wo der Thäter, wie dies auch bei der Übertretung des § 370 pos. 6 geschieht, das bestehende Eigentum nicht völlig unberücksichtigt lässt". Cf. Lehr S. 16, wo er von „Respektierung des fremden Eigentums" spricht; wenn dieselbe vorliege, könne nicht von Diebstahl die Rede sein. Jede Disposition über die Sache, welche unter Respektierung des fremden Eigentums vorgenommen werde, mache die Annahme eines Diebstahls unmöglich. Cf. Binding a. a. O.

[11]) Jm übrigen mit Olshausen, Oppenhoff, Hälschner und John übereinstimmend.

in natura oder im Sachwert, an sich zu bringen.“ S. 431: „Der Dieb will . . . nur thatsächlich die volle praktische Ausübung des fremden Eigentums . . . sich . . . verschaffen.“

Meyer, Lehrb. (1895) § 88 S. 545: „Wille, die Sache ausschliesslich zu beherrschen“. [3. Aufl. 82: § 103 S. 509 unten: „Unterwerfung der Sache unter den eigenen Willen“.] S. 546 f.: „Dabei ist unter der Absicht der rechtswidrigen Zueignung die Absicht zu verstehen, die Sache thatsächlich selbst wie ein Eigentümer zu behandeln.“ 3. Aufl. § 104 S. 520: „Der Thäter will die Sache mit Ausschluss des Eigentümers seiner Willensherrschaft unterwerfen, die Sache also für sich haben und behalten oder über die Sache in der Art verfügen, wie dies nur der Eigentümer zu thun befugt ist.“ (Diese Ausführung fehlt in der 5. Aufl.) 4. Aufl. 88: § 85 No. 7: Unterwerfung der Sache unter den Willen des Thäters, durch welche der Wille desselben, den Eigentümer von der Herrschaft über die Sache auszuschliessen, zum Ausdruck gebracht wird.

Birkmeyer in Holtzd. R.L. II. s. v. „Gewinnsüchtige Absicht“ S. 181: „Absicht, sich die fremde Sache rechtswidrig anzueignen“, sei gleich „auf Kosten des andern die Disposition über die Sache zu gewinnen“. Der Gewinn sei ein an sich rechtswidriger, wenn eine Benachteiligung andrer korrespondiert; „rechtswidrig zueignen“ sei also gleich „mit Benachteiligung eines andern zueignen“.

v. Liszt, Lehrb. 7. Aufl. 96 § 125 S. 419 (5. Aufl. 92: § 127 sub III): „Aneignung . . . ist Herstellung eines Verhältnisses zur Sache, welchem nur die rechtliche Anerkennung fehlt, um Eigentum zu sein, also eines Verhältnisses, in welchem die Sache, als wäre sie Eigentum, mit Ausschluss aller andern, insbesondere des Eigentümers, den Zwecken des Thäters dienstbar gemacht wird.“

Friedländer in d. Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XI. S. 401 definiert: „Aneignung oder Zueignung bedeutet die Herstellung eines Verhältnisses zwischen uns und der betreffenden Sache, welches dem des Eigentümers zu der ihm gehörigen durchaus entspricht.“ Die Zueignungsabsicht ist infolgedessen eine dahin zielende Absicht.

W. v. Hippel [Ist Diebstahl an fliessendem Wasser möglich? 1895] scheidet zwischen der diebischen Absicht und der Zueignungsabsicht. Nach ihm a. a. O. S. 28 „bedeutet »zueignen« im Sinne des Gesetzes Begründen genereller Herrschaft mit Eigentümerwillen“, „die Absicht rechtswidriger Zueignung = die Absicht, ein Verhältnis herzustellen

das man als thatsächliches Eigentum will." Die diebische Absicht sei gerichtet auf Ausübung des Eigentums, wogegen die Zueignungsabsicht auf Herstellung eines Verhältnisses gerichtet sei, das diese Ausübung ermögliche. „Es ist — fährt Hippel loc. cit. S. 28 unten fort — unzutreffend, wenn gesagt wird, die Zueignung sei gerichtet auf Ausübung des Eigentums: der Wille des Diebes geht allerdings dahin, die Zueignungsabsicht ist aber die Absicht, welche Herstellung eines faktischen Eigentums will." „So ist es . . . kein Widerspruch, wenn v. Liszt sagt: der Dieb »will Ausübung des Eigentumsinhalts« und weiter die Zueignung definiert als die »Herstellung eines Verhältnisses, welchem nur die rechtliche Anerkennung fehlt, um Eigentum zu sein«, d. h. Herstellung der Möglichkeit, den Eigentumsinhalt auszuüben." (Hippel S. 29.) Ferner S. 30 ibidem: „ . . . der Dieb will faktischer Eigentümer sein, daher sich die Sache zueignen, d. h. das faktische Eigentümerverhältnis herstellen". „In der Herstellung des Eigentümerverhältnisses also, nicht in seiner Ausübung besteht das Zueignen." S. 32: „Zueignungsabsicht ist also dann vorhanden, wenn die vom Thäter vorgesetzte endgiltige Bestimmung über die Sache den Willen dokumentiert, als Eigentümer über dieselbe zu verfügen."

v. Bar in Bödikers Magazin IV. l. c. S. 16: Die Zueignungsabsicht muss auf Zueignung im ökonomischen Sinn gerichtet sein. „Der Dieb will faktisch die Rolle des Eigentümers spielen." Ähnlich:

Lauterburg in der Zeitschr. f. Schweizer Strafrecht VI. a. a. O. (s. oben S. 81 dsr. Abhdlg.): „Zueignen" bedeutet ein wirtschaftliches Handeln. S. 179: „Wer sich eine fremde Sache zueignet, will sie vorsätzlich nicht nur vollständig seiner Beherrschung unterwerfen, sondern die Sache auch für sich »haben« als unmittelbaren Thaterfolg." [Animus rem sibi habendi.]

In gleicher Weise spricht sich über die Absicht, sich die fremde Sache zuzueignen, die Praxis aus:

Entsch. des Preuss. Ob.-Trib. v. 12. März 1874 in Stengleins Zeitschr. f. Gerichtspraxis und Rechtsw. N. F. IV. 55: Absicht, die fremde Sache „in sein Vermögen zu bringen". — Entsch. ds. Reichsger. v. 10. März 1885 [Entsch. XII. 88]: Der Wille des Thäters muss darauf gerichtet sein, über die fremde weggenommene Sache mit Ausschluss des Berechtigten als Eigentümer zu verfügen. Ebenso Rechtspr. des R.G. IV. S. 537; V. S. 797 (Urt. v. 20. Dez. 1883): Die Zueignung erfordert die Absicht des Thäters, sich die fremde Sache zu eigen zu

machen, über sie die thatsächliche, wenn auch nicht die rechtliche Herrschaft mit Ausschluss des Eigentümers zu erlangen. Es muss mithin der Wille des Thäters dahin gerichtet sein, über die Sache, sei es für sich selbst oder zu Gunsten eines andern, zu verfügen und dieselbe dem Eigentümer definitiv zu entziehen. — Ferner aus neuerer Zeit: R.G.E. v. 24. Jan. 1893 [Jur. Wochenschr. d. dtsch. Anw.-Ver. XXII. S. 217 No. 20]; v. 23. Febr. 1893 [Entsch. XXIV. S. 22 f.]; v. 25. Aug. 1893 [Jur. Wochenschr. XXII. S. 479 No. 10]; v. 12. Nov. 1894 [Entsch. in Str.-S. XXVI. S. 231 f. und Jur. Wochenschr. XXIV. S. 93 No. 20].

§ 39.

Wenn wir die vorgetragenen Definitionen der Zueignungsabsicht kritisch beurteilen sollen, so ist zweierlei vorauszuschicken:

1. Die einzelnen Definitionen sind im Grunde nicht so heterogen, als es bei oberflächlicher Betrachtung scheinen mag; sondern ihnen allen ist der Gedanke wesentlich, den die gemeine Meinung mit dem Ausdruck „zueignen" bezw. „Zueignungsabsicht" verbindet, allerdings mit Modifikationen im einzelnen. So stimmen denn die Definitionen, wonach der Dieb „faktisches Eigentum" wolle oder „wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen beabsichtige", sehr wohl namentlich mit denen überein, nach welchen die Absicht des Diebes darauf gerichtet ist, die Sache „in sein Vermögen zu bringen". (Pr. Ob.-Trib.-Entsch. a. a. O.; v. Bar a. a. O. S. 16, 18; Rüdorff a. a. O.) Letztere Definition ist insolange stichhaltig, als man hierbei unter der Bezeichnung „Vermögen" das zusammenfasst, was wir oben als das strafrechtlich relevante Vermögen oder das wirtschaftliche Vermögen hingestellt haben (cf. S. 15 ff. § 6 dsr. Abhdlg.), und sie wird sogar von ausgesprochenen Anhängern der Eigentumsdeliktstheorie als richtig anerkannt, „wenn man — wie Olshausen l. c. § 242 N. 28 beifügt — davon absieht, bei »Vermögen« an eine rechtliche Herrschaft zu denken; denn keineswegs verfolgt der Dieb die — nur in den seltensten Fällen ausführbare — Absicht, das Gestohlene auch seiner rechtlichen Herrschaft zu unterwerfen." (A. M. Rubo, Komm. § 242 N. 11.) Ähnlich über diesen Punkt Hippel l. c. S. 30: „Hier bedeutet Vermögen die Gesamtheit der thatsächlichen Verfügungsgewalt eines Eigentümers: es wird auch hier nur dasjenige Verhältnis zur Sache bezeichnet, dem nur die rechtliche Anerkennung fehlt, um Eigentum zu sein."

So ist es nicht zu verwundern, wenn in der Litteratur beide Definitionen vielfach als gleichbedeutend neben einander gestellt werden, z. B. von Oppenhoff a. a. O., Hälschner a. a. O., Dickel l. c. S. 55, v. Bar, Handb. f. internation. Privat- und Strafrecht 1892 S. 340, Gerichtssaal XXXV. S. 522, Rechtspr. des R.G. IV. S. 537 etc.

2. Trotz der Verwandtschaft der einzelnen Begriffsbestimmungen der Zueignungsabsicht ist dennoch eine Verschiedenheit mit der Massgabe nicht zu bestreiten, dass die einen mehr die formale, andere mehr die materielle Aneignungsabsicht in den Vordergrund stellen. Ersteres thut am ausgeprägtesten Ullmann a. a. O., letzteres v. Bar bei Bödiker a. a. O. Die formale Aneignungsabsicht ist die Absicht über die fremde Sache bloss eine formelle Verfügung irgend welcher Art zu treffen, eine Disposition, wie sie auf Grund Rechtens nur dem Eigentümer oder dessen Stellvertreter zustehe. Die materielle Aneignungsabsicht dagegen ist Bereicherungsabsicht, indem ein Vermögensgegenstand dem Vermögen des Verletzten entzogen und dem eines andern (sei es des Thäters selbst oder eines Dritten) einverleibt werden soll.

§ 40.

Die folgende kritische Betrachtung über die von den einzelnen Schriftstellern aufgestellten Begriffsdefinitionen der Zueignungsabsicht im Sinne des Strafgesetzbuchs knüpfe ich naturgemäss an das oben S. 81 ff. § 23 ff. von mir über die strafrechtliche Zueignung und die einzelnen Arten derselben Gesagte an. Die Zueignung haben wir mit Lauterburg als ein strafrechtlich oder überhaupt rechtlich relevantes oder gleichgiltiges Handeln, immer jedoch als ein wirtschaftliches Handeln charakterisiert. Nur von dem strafrechtlich bedeutsamen wirtschaftlichen Handeln der Zueignung zu sprechen, war unsre Aufgabe.[1])

Nach den stattgefundenen Erörterungen kann die Absicht rechtswidriger Zueignung — was wohl von niemand ernstlich bezweifelt werden dürfte[2]) — nicht auf Zueignung im formal-juristischen Sinn,

---

[1]) Schon im Hinblick darauf hat m. E. die Eigentumsdeliktstheorie ihren Boden verloren.

[2]) Gebauer a. a. O. S. 74 spricht allerdings von einer „Aneignung des formalen Rechts". Rubo, Komm. § 242 N. 11, § 246 N. 2: eine Sache sich zueignen heisse, die ausschliesslich rechtliche und thatsächliche Herrschaft über die

d. h. eben auf die Verschaffung eines Eigentumsrechts und dgl., gehen, ebensowenig wie die sog. Zueignungs- oder Bereicherungsverbrechen und die Sachbeschädigung als Angriffe auf fremde formale Rechte angesehen werden dürfen. Die Unhaltbarkeit des modernen lediglich auf die formale Aneignungsabsicht gestellten Diebstahlsbegriffs hat auch v. Bar in Bödikers Magazin a. a. O. S. 14 f. im Hinblick auf die Rechtsgeschichte betont. Die Absicht rechtswidriger Zueignung muss vielmehr auf Zueignung im ökonomischen Sinn gerichtet sein, d. h. auf eine Vermehrung des wirtschaftlichen Vermögens im besprochenen Sinn abzielen. Der Dieb — führt Bar l. c. S. 18 aus — will die Sache sich juristisch nicht aneignen; wie wir gesehen haben, kann er das gar nicht. Seine Absicht gehe auf ökonomische Aneignung, und dies sei durch die Wertlosigkeit der Sache ausgeschlossen. An ganz wertlosen Sachen könne somit kein Diebstahl begangen werden, selbst wenn der Eigentümer die Aneignung (bezw. Wegnahme) positiv nicht wolle. — Streng juristisch dagegen wäre die Aneignung bei wertlosen Sachen sehr wohl möglich: Die ökonomische Zueignung als wirtschaftliches Handeln kann sich auf wertlose Dinge nicht erstrecken. Der Grund hierfür dürfte nach den stattgehabten Ausführungen einleuchten: Hier wirtschaftliche Güter, dort formale Rechte und Befugnisse. — Ich bin mit Bar vollständig einverstanden, wenn er S. 16 f. sagt, der Dieb wolle sein Vermögen durch die faktische Aufnahme der Sache in den Kreis seines Dispositionsgebiets vermehren. (So auch Hälschner l. c. S. 291.) Hierauf erstreckt sich Wille und Vorstellung des Diebes. Das Wesen des Diebstahls erschöpft sich sonach nicht in dem Begriff des Eigentumsdelikts.

Der Dieb will sein Vermögen vergrössern, indem er faktisch die Sache dem Vermögenskreis eines andern entzieht und dem eigenen einverleibt. „Allerdings setzt diese Absicht nicht voraus, dass die Sache dauernd der Disposition des Diebes unterstellt bleibe. Vielmehr beruht die Bedeutung des Vermögens auch auf der Möglichkeit des Umsatzes der einzelnen Stücke, sogar auch auf der Möglichkeit des Verschleuderns, Vergeudens, des Verschenkens an andre, der Mildthätigkeit [ich erinnere an Crispin!] u. s. w. Also alle diese weiteren Zwecke schliessen die diebische Absicht nicht aus. Sie liegen sämtlich

---

Sache sich verschaffen; allerdings unterlässt Rubo es, hier die Konsequenzen daraus zu ziehen, dass die Absicht des Thäters auch auf Erlangung der rechtlichen Herrschaft gerichtet sein müsse. Ähnlich Temme, John; cf. S. 147 N. 9 oben.

noch innerhalb der allgemein menschlich-üblichen Benutzungsweise des Vermögens. Nur die Absicht der Zerstörung . . . liegt ausserhalb dieser Benutzungsweise[3]). Es wird dadurch das Vermögen des Handelnden nie vergrössert."[4])

Gebauer polemisiert a. a. O. S. 55 gegen die Behauptung v. Bars, dass der Dieb sich die Sache in dem bezeichneten Sinn ökonomisch aneignen will, jedoch m. E. mit wenig Erfolg. Denn wenn er a. a. O. behauptet, den Gegensatz zur Erlangung des blossen Eigentumsrechts bilde die Aneignung der Sache in ihrem ganzen (?) Umfang und Inhalt, um sie zu gebrauchen und sich dienstbar zu machen, so frage ich doch wohl nicht mit Unrecht, was ist — abgesehen davon, dass nach der gemeinen Meinung eine blosse Gebrauchsabsicht zum Diebstahl einerseits nicht hinreicht, andrerseits die Zueignungsabsicht gar nicht notwendig die Absicht, eine Sache auch wirklich zu gebrauchen, als Essentiale involviert, in sich schliesst, und dass im übrigen die Dienstbarmachung, welche beabsichtigt wird, eine dauernde und exklusive sein muss, — ich frage: Was ist denn der Unterschied zwischen dieser von Gebauer dem Dieb etc. beigelegte Absicht und der Absicht der Zueignung im ökonomischen Sinn?[5]) Gebauer a. a. O. leugnet den pekuniären Vorteil, überhaupt den wirtschaftlichen Vermögensvorteil und spricht doch selbst bald ganz deutlich von einer ökonomischen Aneignung, bald bestreitet er wieder (wie z. B. l. c. S. 55 unten) die Notwendigkeit einer „sog. ökonomischen Zueignung". Dass man auch wertlose Sachen, überhaupt Sachen wegnehmen kann, ohne dass die Absicht auf ökonom. Zueignung gerichtet zu sein brauchte, muss jedermann zugeben (Gebauer S. 56). Gehört denn aber nicht zum Diebstahl ausser der Wegnahme noch die Absicht rechtsw. Zueignung?[6])

---

[3]) Es ist allgemein anerkannt, dass Vernichtung der Sache sowenig Aneignung als Gebrauch derselben ist, wohl dagegen der Verbrauch des weggenommenen oder bereits besessenen Gegenstands. Wir werden hierauf unten gelegentlich zurückkommen.

[4]) „So bedarf es also, — sagt im Hinblick darauf v. Bar l. c. S. 17 unten — wenn man nur die Worte recht genau abwägt, nicht einmal einer Änderung der gesetzlichen Definition (sc. des Diebstahls), um jene Fälle in Gemässheit des allgemeinen Rechtsbewusstseins von der Diebstahlsstrafe auszunehmen." Desgleichen ibid. S. 21: Eine Änderung ist „nicht absolut erforderlich". (Cf. S. 151 N. 1 vorl. Abhdlg.!)

[5]) A. a. O. S. 77 spricht auch Gebauer davon, dass der Dieb immer einen Vorteil im Auge habe.

[6]) In mehr verworrener — sit venia verbo! — Ausführung wendet sich auch J. Lehr l. c. S. 6 gegen v. Bar. Nach Lehr greift der Dieb durch seine

Nach dem Ausgeführten also — und die tägliche Erfahrung lehrt das Gleiche — will der Dieb (oder der Räuber) die Sache sich selbst dienstbar machen, sie thatsächlich (nicht rechtlich!) in sein ökonomisches Vermögen bringen und sonach dem Vermögen des Bestoblenen thatsächlich entziehen und zwar nicht vorübergehend, zu etwaigem Gebrauche, sondern dauernd[7]). Hat der Dieb auch nicht in erster Reihe die Absicht bezw. das Motiv zu seiner That, das Vermögen eines andern zu schädigen — ebensowenig wie beim Betrug im Gegensatz zu der ethisch völlig verschiedenen Sachbeschädigung —, sondern will er in erster Linie selbst eine Sache haben, so schädigt er trotzdem notwendig das Vermögen des Bestohlenen, indem er jenem eine Sache als Bestandteil des Vermögens entzieht: Auf diese Vermögensbeschädigung erstreckt sich nun aber gleichfalls der Dolus beim Diebstahl ebensowohl wie der Dolus beim Betrug, bei der Erpressung und allen andern auf das Vermögen gerichteten Angriffen.[8])[9])

Handlung und zwar dadurch, dass er das Recht für den Eigentümer thatsächlich illusorisch macht, auch (? wo denn noch ?) in den Kreis der Vermögensrechte (= Rechte von ökonomischem Wert?) desselben ein. „Das Vermögen des Eigentümers im eigentlichsten und ursprünglichsten Sinn, der Kreis seiner faktischen Machtbefugnisse (wohl als universitas facti oder wirtschaftliches Vermögen?), wird durch die diebische Handlung vermindert, das des Diebes vermehrt, und somit (m. E. eine halsbrecherische Schlussfolgerung!) erweist sich, da ein Diebstahl als Delikt gegen das Vermögen im juristischen Sinne nicht nur denkbar ist, sondern sich gerade gegen dieses in erster Linie richtet (das dürfte nicht präsumiert werden! Oder sollte das Vermögen i. jur. Sinn mit jenem Vermögen „im eigentlichsten und ursprünglichsten Sinn" identisch sein?), die Deduktion Bars nicht [sc. als] stichhaltig." — O. Wirth l. c. S. 30 verweist ohne Angabe eines triftigen Grundes bloss auf die „treffende" Widerlegung bei Gebauer S. 56.

[7]) Was hat der, welcher eine Sache unterschlagen, also bereits sich angeeignet hat, anders gethan, als die Sache in sein Vermögen gebracht? Auch aus dem, was der Unterschlagende nach § 246 gethan hat, lässt sich ein Schluss ziehen auf das, was der Dieb zu thun beabsichtigt.

[8]) Bei allen Bereicherungsdelikten muss die Benachteiligung des Verletzten gleichfalls in dem Willen des Thäters seinen Ursprung haben. Denn wer den Zweck (den Vermögensvorteil) will, will auch das Mittel (den Vermögensnachteil auf Seiten des Verletzten). Der Vorteil einerseits ist durch den Nachteil andrerseits bedingt. Ebenso wenn ein Gefangener seine Flucht dadurch bewerkstelligt, dass er einen Wärter tötet, demselben Kleider und Schlüssel raubt, das Gefängnis erbricht u. s. w., so wird er wegen der Entweichung zwar nur auf dem Disziplinarweg, aber wegen der angewandten Mittel kriminell bestraft. Oder sollte hier die Tötung etc. etwa keine dolose sein? — Cf. oben S. 68 N. 16, 18, S. 142 N. 4, Oppenhoff § 263 N. 11.

Also das Vermögen im natürlichen oder wirtschaftlichen Sinn soll durch Kriminalisierung des Diebstahls und der übrigen Vermögensdelikte in seinem thatsächlichen Zustand geschützt werden, nicht das blosse formale Eigentumsrecht, indem ja — wie ich zur Genüge erläutert zu haben glaube — das strafrechtlich geschützte Vermögen gar nicht aus lauter Rechten sich zusammensetzt und ferner nicht bloss die Eigentumsobjekte, sondern daneben noch andre Dinge (unter Umständen sogar in überwiegender Zahl) Gegenstände oder Bestandteile des strafrechtlichen Vermögensbegriffs sind. (Vgl. hierüber die Ausführungen auf S. 28 ff. dsr. Abhndlg.!) Sonach ist die Pönalisierung des Diebstahls etc. nicht wegen des angeblich „verletzten" Eigentums, das ja als Recht, als formales Recht, einer Verletzung auf diese Weise nicht ausgesetzt ist, oder — wie andre (offenbar in ganz demselben Sinn) sagen — wegen der „Negation des Eigentums", sondern wegen des „geschädigten" Vermögens erfolgt. Haben wir doch schon oben S. 19 als die gemeine Meinung hervorgehoben, dass auch dem Dieb oder sonst an der Sache nicht Berechtigten, sogar im widerrechtlichen Besitz (oder Gewahrsam) sich Befindenden die Sache gestohlen werden kann[10])

---

und neuestens wiederum Entsch. des Oberlandesger. München v. 16. März 95 in d. Sammlg. der Entsch. ds. Ger. VIII. S. 264 f., wonach die Absicht, das Vermögen eines andern zu beschädigen, zum Betrug nicht erforderlich sei. S. dagegen Hälschner II. 1 gelegentlich S. 424 unten: „Der vom Thäter als unvermeidlich betrachtete Erfolg seiner Handlung ist immer ein beabsichtigter, mag er auch ein solcher sein, den er als einen seinen Interessen und seinem Zwecke dienenden nicht erachtet." Wie viel eher trifft dies zu, wenn das Gegenteil der Fall ist, wenn der Erfolg also ein dem Zweck des Thäters dienender ist!

[9]) In L. kam kürzlich folgender Fall zur Verhandlung: Der Angeklagte wollte, um unerlaubte, jedoch an sich straflose Selbsthilfe zu üben, ein Schild von einer fremden Thüre wegnehmen. Da dasselbe zu sehr befestigt war, als dass er es hätte abreissen können, liess er von seinem Vorhaben ab. Durch seine Thätigkeit waren aber die Thüre sowie das daran befestigte Schild beschädigt worden. Wegen Sachbeschädigung aus § 303 angeklagt, sprach ihn das zuständige Gericht mit der Begründung frei, dass es nicht in der Absicht des Angeklagten gelegen habe, fremde Sachen (Schild und Thüre) zu beschädigen, nachdem festgestellt sei, dass er bloss die Wegnahme (wenn auch unter Anwendung von Gewalt) des Schildes beabsichtigte. — Im Hinblick auf das in Note 8 Gesagte ist die Begründung dieser Entscheidung m. E. nicht korrekt. Vgl. S. 142 N. 2, 4.

[10]) So Schwarze § 242 No. 12; Oppenhoff No. 30 ibid.; Rüdorff N. 9; Olshausen II. N. 20 ib.; Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 642 und in Holtzd. R.L. I. s. v. Diebst. S. 526; Dickel, Diebst. S. 37 zu Note 1; H. Meyer § 89 S. 551 Note 7.

und der Thäter demnach aus § 242 und dgl. zu bestrafen ist. Wenn seitens der gegenteiligen Auffassung geltend gemacht wird, dem Dieb selbst gegenüber finde ein strafbarer Diebstahl an der res furt. nicht statt, weil die Rechtsordnung nur den legitimen Besitz, nicht den illegitimen Besitz des Diebes könne schützen wollen, so stellt man hiermit eine nichts beweisende, überdies selbst unbewiesene, ja unrichtige Behauptung auf. Geben denn nicht schon die röm. Rechtsquellen dem fur oder sonstigen malae fidei possessor zum Schutze seiner possessio sogar possessorische Rechtsmittel? Geniesst nicht auch der m. f. possessor den civilrechtl. Interdiktenschutz nach gemeinem Recht? —

5. Weitere Argumente:

§ 41.

a) Die „Rechtswidrigkeit" der Zueignung.

Der Diebstahl erfordert, wie bekannt, die Absicht rechtswidriger Zueignung;[1]) die Unterschlagung besteht selbst in einer solchen rechtswidrigen Zueignung. „Rechtswidrig"[2]) bedeutet, dass der Dieb etc. auf die Zueignung, den Gewinn und den Vermögensvortei l kein Recht hat[3]), dass seine Handlung gegen das positive Recht verstösst u. dgl. Ja noch mehr! Der Vermögensvorteil ist ein an sich rechtswidriger, wenn eine Benachteiligung andrer korrespondiert; „rechtswidrig zueignen" ist also = mit Benachteiligung eines andern zueignen[4]). Dieser vielfach in Theorie und Praxis angewandte Gedanke lag dem preuss. Str.G.B. zu Grunde. „Von der dem preuss. Strafrechte entsprechenden Auffassung gingen aber auch die Motive zum deutschen Strafgesetzbuche aus, indem sie aussprechen, dass »die verbrecherische Absicht und bezweckte Vermögensbeschädigung« bei Unterschlagung und Diebstahl dieselbe sei und dass das Erfordernis der »gewinnsüchtigen Absicht«, als zu möglichen falschen Schlussfolgerungen

[1]) M. E. nicht — wie Hälschner meint — gleich: rechtswidrige Absicht der Zueignung.

[2]) Cf. Hälschner II. 1 S. 291 und Note 1 das.

[3]) Cf. Oppenhoff § 242 N. 43, § 246 N. 41; Waag i. Gerichtss. XXXI S. 244 ff. (bes. S. 250.)

[4]) So ausdrücklich Birkmeyer l. c. in Holtzd. R.L. II. S. 181; Ullmann (cf. S. 118 N. 2 dsr. Abhdlg.). Vgl. auch S. 76 f. § 21.

verleitend, in den Thatbestand darum nicht aufgenommen worden sei, weil das Bedürfnis, das durch Aufnahme des Moments gedeckt werden solle, durch die Worte: »rechtswidrig aneignet« sich erledige.“ (Hälschner II. 1 S. 354 unten; cf. ibid. S. 301.)

b) Das Argument aus § 247 R.Str.G.B.

Für unsre Auffassung von der Notwendigkeit einer Vermögensbeschädigung bei Diebstahl, Unterschlagung etc. spricht ferner auch § 247 Str.G.B., der „Sachen von unbedeutendem Werte“, also Sachen, die immerhin noch einen Vermögenswert haben müssen, verlangt. (Über das Argument aus § 247 cit. cf. Hälschner l. c. S. 302.) Das Str.G.B. in § 247 hat den Unterschied des kleinen und des grossen Diebstahls, wenn auch die Bestimmung der Grenzlinie dem richterlichen Ermessen überlassen ist, insoweit wieder aufgenommen, als es von dem geringen Mass der Vermögensbeschädigung das Erfordernis des Strafantrags abhängig macht. „Setzt es in diesem Fall — fährt Hälschner a. a. O. fort — die Vermögensbeschädigung ausdrücklich voraus, so wird man unmöglich den Motiven allen Wert absprechen, sondern annehmen dürfen und müssen, dass die Vermögensbeschädigung in allen Fällen des Diebstahls die stillschweigende Voraussetzung bilde. Endlich aber ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Auffassung der Motive im Str.G.B., wenn auch nicht in § 242, ihre ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden hat.“ [Dagegen ohne zureichenden Grund: Wirth i. s. zit. Diss. S. 26.]

c) Das Argument aus § 252 R.St.G.B.

„Wenn § 252 von dem auf der That betroffenen Diebe spricht, der Gewalt gegen eine Person anwendet, »um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten«, so ist der Ausdruck »Gut« nur im ökonomischen Sinne gebraucht.“ So Oppenheim l. c. S. 197 Note*) gegenüber Binding, Normen (2. Aufl. 1890) I. S. 359 Anm. 9. M. E. kann allerdings hieraus auf den wirtschaftlichen Wert des Diebstahlsobjekts und die infolge des Diebstahls eintretende wirtschaftliche Schädigung des Bestohlenen ein gewisser Schluss ohne Mühe gezogen werden. Doch möchte ich in Verfolgung des Grundsatzes, sich nicht allzusehr an das äussere Wort (des Gesetzes) zu klammern, auf den nur ein einziges Mal an dieser Stelle des Gesetzes vorkommenden Ausdruck „Gut“ kein zu grosses Gewicht legen. Immerhin dürfte es

den Gegnern nicht leicht fallen, besagte Redewendung aus dem Thatbestand des räuberischen Diebstahls hinaus zu interpretieren, was offenbar schon aus der Thatsache hervorgeht, dass man sich in der Litteratur hierüber stillschweigend hinwegsetzt und den Ausdruck, anstatt zu erklären, lieber ganz ignoriert. — Vgl. ferner § 350: „Gelder oder andere Sachen".

6. Mit dem Diebstahl verwandte und ihm analoge Fälle.

§ 42.

Entsprechend den als geringeren Freveln gebüssten Fällen des älteren Rechts und namentlich auch der Carolina hat das R.Str.G.B. eine Anzahl von Entwendungen, bei denen grösstenteils an sich der volle Thatbestand des Diebstahls vorliegt, nicht als Diebstähle im technischen Sinn behandelt.[1]) (Hälschner l. c. S. 305 § 82.)

Hierhin gehören folgende dem Diebstahl verwandte Fälle:

1. Die widerrechtliche Zueignung von verschossener Munition etc. (§ 291).[2]) Als Handlungsobjekt wird eine genau spezifizierte fremde Sache verlangt — die Munition ist nicht derelinquiert —, ferner eine in fremdem Gewahrsam stehende Sache.[3]) Da § 291 dem Diebstahl bezw. der Unterschlagung gegenüber als Spezialbestimmung (lex specialis) zu betrachten ist, so findet er auch dann Anwendung, wenn einer der erschwerenden Umstände der §§ 243 f. vorliegt.[4]) — Mag auch

---

[1]) Auch diejenigen Entwendungen sind, wenn die weiteren Erfordernisse hinzukommen, als Raub [dagegen nicht aus § 243 als qualifizierter Diebstahl!] zu strafen, die das Gesetz als straflosen Diebstahl [§ 247] oder überhaupt nicht als (gemeinen) Diebstahl bezeichnet, wie z. B. 370[5] oder Holz- und Waldfrevel. So Hälschner l. c. S. 366, woselbst das Nähere hierüber; R.G.-Entsch. VI. S. 325. Es folgt dies aus der selbständigen Natur des Raubes im R.St.G.B. (Cf. Rüdorff § 249 N. 2, Olshausen ib. N. 2 und 3, Oppenhoff N. 3.) Von dieser (gemeinen) Ansicht, dass hinsichtlich des Objekts der Handlung auch die beweglichen Sachen, welche gemäss gesetzlichen Privilegiums nicht Gegenstand des Diebstahls sind, dennoch Objekte des Raubes sein können, weichen nur wenige ab.

[2]) Cf. Hälschner l. c. S. 311 f. sub. 4; Merkel bei Holtzd. III. S. 838 [...] § 8; J. Lehr S. 21 ff. § 4; K. Dickel § 15 S. 39 f.; Liszt, 1892 § 129 IV., 1896 § 12[...] IV. S. 430 f.

[3]) Ebenso Olshausen, Lehr S. 22 f. A. M.: Berner, Oppenhoff; R.G.E. v. 10. Nov. 1880, Rechtspr. II. S. 490.

[4]) Ebenso Binding, H. Meyer, Merkel l. c. III. 838, Oppenhoff, Lehr S. 21, 23 sowie die das. S. 23 N. 2 aufgeführten. A. M.: Liszt a. a. O. (gegen ihn: Lehr S. 23 f.), sowie die zit. R.G.E. vom 10. Nov. 1880.

Hälschner S. 311 unten vielleicht nicht ganz unrecht haben, dass ein ausreichender Grund für eine derartige Strafbestimmung wie die des § 291 nicht wohl einzusehen sei, so muss doch zugegeben werden, dass hier sicherlich ein fiskalisches Interesse vorwaltet, m. a. W., dass hierdurch das Vermögen des Fiskus, speziell des Militärfiskus, geschützt werden soll. K. Dickel l. c. S. 39 bemerkt hierzu: Während §§ 291 und 242 den gleichen Thatbestand verlangen, sei die speziale Bestimmung nur deshalb vom Gesetzgeber gegeben, weil ihm die Strafe des § 242 zu hoch erschien; doch gibt Dickel in Note 4 eod. zu, dass die Intention des Gesetzgebers auch eine andere gewesen sein kann. Insbesondere auf Grund der naheliegenden Gefahr und der Möglichkeit eines sehr umfangreichen, in seiner Ausdehnung nicht zu beschränkenden Erfolges hat der Gesetzgeber jedenfalls beim Munitionsdiebstahl eine höhere, das Mass der Polizeistrafe überschreitende Strafe festgesetzt, so dass man darum wohl wird sagen dürfen, dass hier das Gesetz, vom polizeilichen Gesichtspunkt ausgehend, diesen aus den angeführten Gründen zu einem kriminellen stempelt. Im Hinblick darauf dürfte Lauterburg nicht unrecht haben, wenn er a. a. O. S. 200 betont, dass es Fälle von Zueignung im Strafrecht gebe, „welche wegen ihrer Gefährlichkeit (ich ergänze: auch) für andre Rechtsgüter als das Vermögen unter Strafe stehen. Dahin gehört mancherorts die Zueignung gewisser res extra commercium, gewisser res publicae, die Zueignung von Militäreffekten, Munition, Patronenhülsen, Siegeln, Stempeln, Urkunden, Giften, Explosionsstoffen u. s. f.“

2. Das unbefugte Abgraben oder Abpflügen (§ 370 No. 1). Der Thatbestand unterscheidet sich von der Sachbeschädigung an Grundstücken, welche z. B. durch Wenden oder Schleifen von Ackergeräten geschieht, oder z. B. von dem blossen Verderben eines Weges (cf. Oppenhoff § 370 N. 2) dadurch, dass § 370,1 eine Aneignung, keine blosse Beschädigung, enthält und zwar eine Zueignung, welche durch eine (nicht unter § 274,2 fallende) Grenzverrückung in der Weise bewirkt wird, dass die zugeeignete Bodenfläche im Gegensatz zur Ziff. 2 desselben § 370 nicht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache verliert[5]. — Dieser Fall trägt ebenso wie der folgende ein mehr oder weniger spezifisch polizeiliches Gepräge.

---

[5]) Dickel S. 24 unten; Rüdorff § 370 No. 1. Im alten röm. Recht waren diese Fälle furtum, begangen an Immobiles.

3. Das unbefugte Graben von Erde etc. (§ 370 No. 2). N: der gemeinen Meinung wird der volle Thatbestand des Diebsta erfordert[6]).

§ 43.

4. Die Entwendung von Nahrungsmitteln, der sog. Genu: diebstahl, Notdiebst. oder Mundraub (§ 370,5)[1]), ein milderer Fall v Diebstahl[2]), jedoch mit selbständiger Stellung im R.St.G.B.[3]), wol

---

[6]) So Oppenhoff N. 5; Rüdorff N. 2; Lehr S. 24 f. § 5; Hälschner 1 S. 309 f. Nach Olshausen N. 2 d braucht jedoch das Objekt nicht unbedi eine fremde Sache zu sein; dagegen mit Recht: Lehr S. 25, wo über die Obje der Wegnahme im einzelnen das Nähere gesagt ist. Wie sich aus den Worten „ Grundstücken" im § 370,2 ergibt, können nur solche Gegenstände Objekte des Del sein, welche z. Z. der Wegnahme mit dem Grund und Boden verbunden und Bestandteile desselben zu betrachten sind; cf. Opponhoff N. 6. Wegen Aneign von Mineralien sind die Landesgesetze zu vergleichen; cf. Oppenhoff N. 10.

[1]) Abgesehen von den Kommentaren zu § 370,5 (Rüdorff ib. N. 4, Opp hoff N. 17 ff.) vgl. A. Geyer in d. Zeitschr. II. (1882) S. 299 ff.: „Bemerkun zu Entscheidungen des Reichsgerichts: I. Zur Lehre vom Mundraub"; L. Fuld, Lehre vom Genussdiebstahl, im Arch. f. prakt. Rechtsw. 3. Folge 3. Bd. (N. F. 14. 1886 S. 70 ff., 169 ff.; A. Friedländer, Der Mundraub, i. d. Zeitschr. XI. 1 S. 369 ff., der zugleich eine geschichtliche Entwicklung gibt und den Mundraub eigenartige selbständige Strafthat charakterisiert, nicht als besondern privilegie Fall des Diebstahls; über das heutige Recht dortselbst S. 396 ff.; Berger, Mundraub, Hannover 1895 [darüber: M. Stenglein, im Gerichtss. Bd. 52 (1 S. 73 f. No. 3, Beling, i. Jur. Litt.-Bl. 1895 S. 133 f., und Trautvetter, Blä f. Rechtspflege in Thüringen und Anhalt 43. N. F. 23. Bd. S. 79]; Hälschne c. II. 1 S. 302, 310; Ullmann § 15 S. 81 ff.; J. Lehr § 6 S. 26 ff.; Gerl: im Deutschen Wochenbl. (hrsgeg. v. Arendt) IV. (1891) S. 368 ff. [hierüber Lilienthal, Zeitschr. XIII. S. 97 No. 8c.]

[2]) So die gemeine Meinung und die Praxis des Reichsger. (cf. Lehr S Note 1 und 2, Berger S. 73): R.G.E. v. 19. März und 30. Nov. 1881, Rechtspr. S. 145 f. bezw. S. 756, v. 7. Juli 1886, Entsch. XIV. S. 313 u. a. Ein eigenartiges s ständiges Delikt nehmen Geyer, H. Meyer und namentlich Friedländer Gegen Friedländer insbesondere: Lehr S. 27 f. — Unterschlagung fällt n hierunter: Berner 17. Aufl. 1894 S. 549; Meyer S. 564; Oppenhoff N. Rüdorff N. 11; Lehr S. 27; Fuld; Hälschner; R.G.E. 7. März 1893, XXIV. S. A. M.: Wächter, Vorlesungen S. 429; Binding, Hdb. I. S. 335; Liszt 189 408 N. 6, 1896 S. 431 N. 7; Olshausen; Friedländer; Berger S. 77; Schwarze, Futterdiebst. S. 45 mit Beziehung auf Friedländer und Olshaus

[3]) Friedländer, S. 402 oben, gibt wenigstens zu: „Der Mundraub ist z eine selbständige Strafthat, sein Thatbestand jedoch ist gewissermassen aus c

„Nahrungs- oder Genussmittel“[4]) (sc. für Menschen)[5]) von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge[6]) das Objekt bilden, wo also an Stelle des generell gefassten Objekts des § 242 („fremde bewegliche Sache“) eine Spezies getreten ist. Das Schutzobjekt des gewöhnlichen Diebstahls, das verletzte Rechtsgut des Vermögens, ist hier enger gefasst und ein spezielerer Zweck, ein eigentümlicher Bestimmungsgrund des Willens wird hier erfordert[7]). Die Entwendung[8]) erfolgt — wie Fuld a. a. O. S. 175 bemerkt

---

grösseren des Diebstahls und der Unterschlagung [gegen das letztere die herrschende Meinung: S. die in Note 2 zitierten!] herausgeschält.“ (Cf. R.G.E. v. 8. Mai 1882, Entsch. VI. S. 327.) A. a. O. S. 406 oben in ähnlicher Weise: „Der Mundraub entlehnt . . . seinen Thatbestand dem Diebstahl und der Unterschlagung, aber nur diesen beiden Strafthaten: allen anderen tritt er völlig fremd gegenüber, so namentlich dem Raub.“

[4]) Pr. Str.G.B. § 349,3, welcher unserm St.G.B. § 370,5 zum Vorbild gedient hat, strafte wegen Entwendung von „Früchten, Esswaren und Getränken“.

[5]) Cf. S. 163 N. 12. So die gemeine Meinung und das Reichsgericht: z. B. R.G.E. III. v. 2. Okt. 80, Rechtspr. II. S. 294.

[6]) Ein Quantum von Genussmitteln, das der Thäter oder ein andrer [nach § 370,5 wird auch der bestraft, welcher nicht zu eigenem Verbrauch die Gegenstände entwendet hat; s. darüber Friedländer l. c. S. 416 und die dort zit.] alsbald zu verzehren vermag, wird in der Regel auch von unbedeutendem Werte sein; sollte aber ausnahmsweise, vermöge besondrer Qualität, der Wert nicht mehr als unbedeutend erscheinen, soll die geringe Menge des Entwendeten entscheidend sein. Cf. Hälschner S. 310, sowie Oppenhoff No. 20. — Cf. Fuld S. 174: Vor einer Schätzung (sc. des „unbedeutenden Wertes“) nach dem Affektionswert muss hier wie in andern Fällen gewarnt werden.

[7]) Cf. Fuld a. a. O. S. 70. — § 370,5 ist „einer der seltenen Fälle, in denen unser Str.G.B. auf das Motiv Rücksicht nimmt“. Fuld S. 175.

[8]) Der Ausdruck „entwenden“ in § 370,5 im Gegensatz zu „wegnehmen“ in §§ 242 und 370,6 wird vielfach zur Interpretation des Gesetzes ausgebeutet. Sicher ist jedenfalls, dass die beiden Worte begrifflich auf dieselbe Kontrektation hindeuten (cf. Fuld S. 71), und man darf deshalb nicht glauben, als habe mit der Ausdrucksweise „entwenden“ eine wesentliche Verschiedenheit von dem Thatbestand des gemeinen Diebstahls statuiert werden sollen. Die Ansicht Friedländers S. 398 f. ist nicht aufrecht zu erhalten: Das Gesetz verstehe überall, wo es von „wegnehmen“ redet, hierunter die Erlangung des Gewahrsams einer bisher in fremder Verfügungsgewalt befindlich gewesenen Sache durch eigene Thätigkeit des Verbrechers. [Soweit ganz zutreffend! Cf. Str.G.B. §§ 242, 249, 289, 370,2 und 6.] Unter Entwendung begreife das Gesetz jedoch mehr, nämlich das Ansichbringen einer fremden Sache, möge man bereits in deren Besitz sein oder nicht, ähnlich dem furtum des röm. Rechts. — Die Ansicht Friedländers ist so zu erklären, dass er einen in der früheren (gemeinrechtlichen) Doktrin vielfach gebräuchlichen, Diebstahl und Unterschlagung zusammenfassenden Ausdruck („Entwendung“ nennen Feuerbach,

— „nicht zur Bereicherung [scil. wie beim Diebstahl], sondern Bedürfnisbefriedigung". Darauf geht die Willensrichtung des Entwend Diese Worte sind — cum grano salis aufgefasst — richtig; stre genommen aber ist die Verzehrung, der Verbrauch von Konsumptibil eine Art der „Zueignung"[9]) im besprochenen Sinn und somit Bereicher

Henke, Martin, was Heffter mit „Dieberei" im Gegensatz zu Diebstahl i. e bezeichnet), der — wie Wächter in Weiskes R.-Lex. III. S. 387 f. richtig bemerk nur geeignet ist, Missverständnisse hervorzurufen, zur Interpretation des § 37 heranzieht. In dieser Erklärung liegt zugleich die Widerlegung der Friedländer'scl Ansicht. — Eine vielverbreitete Ansicht ist die folgende: Während der Sprachgebra von „wegnehmen" oder „Wegnahme" nur bei dem Verbringen grösserer und we voller Quantitäten redet, spricht er von „Entwendung" nur bei kleinen, unbedeuten Mengen, „und die allgemeine Anschauung verbindet deshalb in ganz richtigem Erfassen dieses auch sittlich bedeutsamen (warum? Fängt nicht jeder Dieb klein a Unterschieds mit der »Wegnahme« einen viel grösseren Vorwurf der Handlungswe als mit der »Entwendung«. Dieser Anschauung hat sich auch das Gesetz angeschlosse So Fuld l. c. S. 71. Auch Berner, Lehrb. S. 545 hält „Entwendung" nur für ei milderen Namen. Desgleichen die Praxis (z. B. Wolfenbüttel v. 15. Febr. 78 Stengleins Zeitschr. VIII. S. 333). Die hiermit kurz gekennzeichnete Mein schreibt offenbar dem deutschen Gesetzgeber — wie Friedländer S. 398 f. Note bemerkt — „ein Zartgefühl zu, das derselbe kaum gehabt hat". Man denke d daran, dass gerade Bestimmungen über geringfügige Übertretungen (§ 370 Nc und 6) von „wegnehmen" reden! Gleichwohl lässt sich nicht in Abrede stell dass sprachlich eine gewisse Verschiedenheit zwischen den synonymen Bezeichnun besteht. Es dürfte nicht geleugnet werden, dass „entwenden" zwar nicht gegenü dem „Wegnehmen", wohl aber dem „Stehlen" gegenüber in der Volksansicht manch ein milderer Name im besprochenen Sinne ist, regelmässig aber sowohl in Sprache des Volkes wie in der unsrer Gesetzgebung „entwenden" und „stehl ziemlich gleichbedeutend gebraucht werden. (Cf. Lehr S. 27 f.) Wenn man a die beiden Begriffe „wegnehmen" und „entwenden" vergleicht, so dürfte an s vielleicht eher das „Wegnehmen" milder sein, da es selbst nicht jenen strafrechtlic Beigeschmack hat wie das „Entwenden", in welchem — ausser der Absicht rec widriger Zueignung, die dieser Begriff wie der des Stehlens regelmässig umfasst, noch das verächtlich machende, den Thatbestand des altdeutschen Diebstahls, „dieblichen Nehmens", eigentümliche Moment der Heimlichkeit, der listigen, heimlic Wegnahme — wenigstens nach der Auffassung des Volks — steckt. „Übrig kommt — bemerkt Friedländer S. 399 Note 127 cit. richtig — bei solc Phrasendreherei nichts heraus." — Nur eins sei noch betont: Wenn es richtig dass man „nur bei dem Verbringen grösserer und wertvoller Quantitäten" „Wegnahme" redet, so wäre ein Diebstahl an kleineren und wertlosen Quantitä begrifflich undenkbar, zumal jener Anschauung „sich auch das Gesetz angeschlosse haben soll. Wird diese nur folgerichtige Konsequenz von den Vertretern der genann Ansicht beachtet? —

[9]) Zweifellos und durchweg anerkannt, so dass Belegstellen überflüssig sin

des Vermögens im weitern hier in Betracht kommenden Sinn, die sich als Kostenersparung, d. h. als Ersparung der Ausgaben zur Beschaffung von Lebensmitteln, äussert.[10]) In gewisser Beziehung trifft die Fuld'sche Anschauung allerdings zu: Wenn nämlich der Kontravenient die Nahrungsmittel nicht zum Zwecke des alsbaldigen Verbrauchs, also nicht in einer gesetzlich ganz genau spezifizierten Art von Bereicherungsabsicht in der weiteren Bedeutung, sondern z. B. zum Zwecke der entgeltlichen Veräusserung, sohin in der Absicht der Bereicherung im engern Sinn, d. h. in der nicht im Drange der Not gefassten Absicht, sein vorhandenes Vermögen effektiv und positiv zu vermehren, also in jener verächtlich machenden gewinnsüchtigen Absicht[11]) entwendet hat, m. a. W.: sobald jenes schon nach der Natur der Sache als strafmildernd erscheinende Moment augenblicklicher natürlicher Bedürfnisbefriedigung weggefallen, so ist der Sachverhalt als gemeiner Diebstahl nach § 242 zu beurteilen.[12])

Aus dieser Erwägung kann ich nicht den Thatbestand des § 370,5 in Gegensatz zu dem des § 242 stellen und nur den letzteren (nicht auch den ersteren) als Bereicherungsverbrechen schlechthin bezeichnen; sondern den Begriff der Bereicherung richtig erfasst, enthalten sowohl § 242 als § 370,5 solche Verbrechen.[13]) Aus der gleichen Erwägung

---

[10]) Unter diesem Gesichtspunkt konnte das röm. Recht, das den Mundraub nicht privilegiert, denselben als gewöhnliches furtum ansehen, trotzdem man bekanntlich hierzu den animus lucri forderte.

[11]) In einem engern Sinne genommen. Nur insofern ist die Behauptung Ullmanns S. 83 wohl zutreffend, beim Notdiebstahl fehle doch sicherlich die gewinnsüchtige Absicht. — Schon nach der (bei Friedländer S. 389 f. angeführten) kurfürstlich pfälzischen Landordnung von 1582, 64. Titel, welcher von den Felddieben handelt, darf das Gestohlene „wider (= weder) verkaufft oder sonst in sein Nutz verwandt" sein. Es musste also (wie im heutigen Recht) die gewinnsüchtige Absicht in diesem Sinn fehlen; wo sie vorhanden, war Diebstahl anzunehmen. Ferner musste die gewinnsüchtige Absicht beim Mundraub fehlen nach Oldenburg. St.G.B. v. 1858 Art. 327 c. Abs. 2; Preuss. St.G.B. § 349 Ziffer 3 Abs. 2, abgeändert durch Pr. Ges. v. 14. April 56 [cf. oben S. 114]. — Ähnlich ist das Verhältnis von §§ 292 und 294 R.St.G.B. zu einander (S. 182 § 46 a. E.).

[12]) Entwendungen von Nahrungsmitteln für Tiere fallen daher unter § 242 etc.: Lehr S. 29.

[13]) Aus demselben Grund dürfte die Behauptung Friedländers S. 388 zu widerlegen sein: Wo im gemeinen Recht der Mundraub als solcher nicht mit Strafe belegt war, habe er straflos bleiben müssen wegen der infolge des Werts der betr. Sache etc. ausgeschlossenen (? Kostenersparnis!) gewinnsüchtigen Absicht. Ebensowenig trifft die Meinung zu, die ausdrückliche Strafdrohung im heutigen Recht

dürfte die Äusserung Ullmanns l. c. S. 84: „Diese Ausführung über den Notdiebstahl [der nach ihm ein Fall wirklichen Diebstahls ist; cf. l. c.] bestätigt den juristischen Grundsatz, . . . dass nämlich für das Diebstahlsdelikt in subjektiver Richtung nur die Absicht erforderlich ist, über die bewusst widerrechtlich aus fremdem Gewahrsam entzogene Sache der Substanz nach zu verfügen," — m. E. wohl nur unter Einschränkungen und gewissen Voraussetzungen, die meines Wissens der Autor auch heute zugesteht, für unumstösslich gelten können.

Das Schutzobjekt bei der Nahrungsmittelentwendung ist wie beim Diebstahl das Vermögen als Inbegriff wirtschaftlicher Güter, jedoch mit der Beschränkung auf Nahrungs- und Genussmittel. Wegen der Schädigung dieses Vermögens ist der Fall unter Strafe gestellt. — Der Grund der Begünstigung des Mundraubs hinsichtlich der Strafbarkeit gegenüber dem gemeinen Diebstahl liegt — abgesehen von der „Rücksicht auf die Stillung des Hungers oder Durstes als auf den Beweggrund der That", welcher Umstand nach Friedländer a. a O. S. 406 § 4 wohl am schwersten ins Gewicht fällt, — ohne Zweifel auch in der Geringfügigkeit der Beschädigung, für welche — wenn sie allerdings möglicherweise auch einmal über die Grenze des Unbedeutenden hinausgehen kann, so dass bloss auf die „geringe Menge" bei Beurteilung der That Bedacht zu nehmen ist [vgl. oben S. 161 N. 6] — eine Schranke immerhin schon dadurch gezogen ist, dass es sich um ein Quantum von Genussmitteln handelt, welches der Thäter alsbald zu verzehren vermag. (Vgl. Hälschner l. c. S. 310.) Die Eigenart der in § 370,5 mit Strafe bedrohten Übertretung liegt hiernach „in Umständen, welche mit dem Thatbestande des gemeinen Diebstahls in keinem Punkt im Widerspruch stehen". (Lehr S. 29; Entsch. des R.G. V. S. 404.)

[Endlich wäre nur kurz an den dem § 247 ähnlichen privilegierten Fall in Abs. 2 eod. zu erinnern.]

Seitdem im positiven Strafrecht der Unterschied zwischen dem sog. grossen und kleinen Diebstahl gefallen ist, wurde mehrmals der Versuch gemacht, den Fall des § 370,5 gewissermassen als kleinen Diebstahl überall dort anzuwenden, wo eine Bestrafung aus §§ 242 ff. als unbillig hoch erschien. Wenn der Zweck die Mittel heiligt, dann mag dies Mittel ein „heiliges" sein, ein gesetzliches ist es nicht und

---

habe deshalb für den Mundraub geschaffen werden müssen, weil er sonst straflos ausginge; fehlte § 370,5, so wäre § 242 stets anzuwenden. War doch schon im röm. Recht der Mundraub wirkliches furtum!

darum zu verwerfen. Es geht nicht an, alle möglichen geringwertigen Gegenstände, wie Brennmaterial, Blumen und dgl., um die Strafe des § 242 etc. zu vermeiden, zu Genussmitteln oder gar Nahrungsmitteln zu erklären.[14]) De lege ferenda aber hat u. a. Friedländer nicht unrecht, wenn er l. c. S. 407 (oben) hervorhebt, es zeige sich gerade bei den Fällen, die man leider von § 370,5 ausschliessen muss (Abpflücken von Blumen, um sie zu tragen etc.), wie dringend notwendig die Wiederaufnahme des „kleinen" Diebstahls sei. „Leider steht auch hier zur Zeit nur die Gefängnisstrafe dem Richter zur Verfügung, obwohl dieselbe dann oft eine viel zu schwere Strafe ist." (Ibid. Note 156 f.)[15])

5. Der Forst- und Felddiebstahl[16]) ist bekanntlich nach § 2 E.G. z. R.Str.G.B. landesrechtlicher Regelung überlassen, obgleich derselbe

[14]) Liszt, Lehrb. § 129 VII., 1896: § 127 VII. S. 432, betrachtet Blumen, wenn sie zum Riechen, nicht zum Schmuck verwendet werden, als „Genussmittel". Dagegen mit Recht die herrschende Meinung, namentlich Fuld S. 173 f., Friedländer S. 411, Lehr S. 31 und die das. N. 3 zit., sowie die Praxis des Reichsger.: R.G.E. v. 9. April 81, Rechtspr. III. S. 220 ff. Die der genannten R.G.E. zu Grunde liegende species facti war folgende: Zwei Mädchen haben gemeinschaftlich zweimal aus dem umschlossenen Garten eines Gutsbesitzers mittels Einsteigens Blumen im Wert von jedesmal 30 Pf. in der Absicht abgepflückt und weggenommen, um sie bei Tanzvergnügen zu tragen. Die Strafe aus § 243 Ziff. 2 ist selbst bei mildernden Umständen viel zu hoch: Gefängnisstrafe nicht unter 3 Monaten. Besagte Entscheidung hat seinerzeit begreiflicherweise vielfach Anstoss erregt; man hat es — und zwar nicht ohne Grund — durchaus unbillig gefunden, eine Entwendung einiger Rosen zum Zwecke, dieselben am Kleid zu befestigen, als eigentlichen Diebstahl zu ahnden, während z. B. Cigarren, Parfüms und dgl. nach herrschender Praxis „Genussmittel" im Sinne des § 370,5 sind und die Entwendung solcher Gegenstände, die nach der Volksansicht einen weniger harmlosen Charakter trägt als die Entwendung einiger weniger Blumen oder doch mindestens mit letzterer gleich behandelt werden sollte, nur auf Antrag als Übertretung verfolgt wird. Vgl. auch H. Lammasch Diebst. und Beleidigung. Wien 93 S. 25 f. So plausibel und zutreffend diese Einwendungen sind, so zählen nichtsdestoweniger auch Riechblumen nur zu den Genussmitteln im uneigentlichen, nicht im gesetzlichen Sinn, und das zit. Reichsgerichtserkenntnis, so hart es sein mag, befindet sich somit durchweg auf gesetzlichem Boden. Endlich ist die Unterscheidung von Riech- und Tragblumen zu spitzfindig, um auf Verwendung bei der Interpretation des Begriffs „Genussmittel" in § 370,5 Anspruch erheben zu können.

[15]) Litteratur über die Unterscheidung des kleinen und grossen Diebstahls, bezw. über die Gründe für und gegen diese Unterscheidung, ist bei Hälschner II. 1 S. 313 N. 1 angegeben. Cf. Lammasch l. c. S. 14 oben (gegen Friedländers legislatorischen Vorschlag, beim Diebst. im Fall mildernder Umstände Haft und Geldstrafe zuzulassen).

[16]) Cf. Holtzd. R.L. II. s. v. Holzfrevel; Ziegner-Gnüchtel, Der Forstdiebstahl, Zeitschr. VIII. S. 222 ff.; J. Lehr a. a. O.; im übrigen oben S. 122.

den ganzen Thatbestand des gemeinen Diebstahls erfüllt: So wenigstens die herrschende Meinung. Nach andrer Auffassung (so z. B. H. Meyer, Lhrb. S. 538 § 87 sub Ziff. 8) sind die sog. Forst- und Feldfrevel „leichtere Fälle der Sachbeschädigung“[17]). Der Forstdiebstahl etc. ist aber gar nicht notwendig Sachbeschädigung. Man sollte allerdings — wie Ziegner-Gnüchtel a. a. O. S. 243 f. sagt — den bei dem fraglichen Akt unterlaufenden Diebstahls-Thatbestand gänzlich ignorieren und lediglich den forstkulturgefährdenden Charakter der Handlung im Auge behalten, lediglich ein Gefährdungs-, kein Verletzungsverbot aufstellen. Auf diesem ausgesprochenen präventiv-polizeilichen Standpunkt steht jedoch keine Gesetzgebung.

Das „Entwenden“ und „Stehlen“ werden in den Forst- und Feldpolizeigesetzen neben einander behandelt.[18]) Ausser den als Entwendungen bezeichneten Delikten haben die einzelnen Sonderrechte (in den Feldpolizeigesetzen etc). verschiedene Übertretungen besonders hervorgehoben und mit einer milderen Strafe belegt; z. B. Abschneiden, Abrupfen, Abpflücken von Gras, Blumen etc.[19]). Als Objekt des Forst- und Felddiebstahls[20]) kommen regelmässig nur nicht perzipierte Gegenstände in Betracht, deren Wert im Falle eines Forstdiebstahls nach einigen Landesrechten[21]), im Falle eines Felddiebstahls nach den meisten Partikulargesetzen einen gewissen Betrag nicht übersteigt. Die noch mit dem Grund und Boden organisch verbundenen Bodenerzeugnisse wurden nach älterem deutschen Recht (ebenso wie ein Besitz an dem wilden Tier nicht stattfindet) als res non possessae angesehen, weshalb kein Diebstahl an ihnen möglich war.[22]) Ist das auch jetzt nicht mehr Rechtens, so wirkt es doch bis heute fort, wo wir den Feld- und Forstdiebstahl nicht als gemeinen Diebstahl behandeln. Der Holzdiebstahl war von jeher auch in der Volksan-

---

[17]) Auch die Carolina Art. 167 f. erwähnt das unbefugte Holzschlagen als Sachbeschädigung.

[18]) Über die Begriffe „wegnehmen“, „entwenden“, „stehlen“ oben S. 161 f. N. 8.

[19]) Lehr S. 38. — Über die Weidefrevel: Lehr § 18 S. 68 f.

[20]) Cf. Lehr § 10 f. S. 42 ff. bezw. § 15 f. S. 58 ff.

[21]) Württemberg. Forststrafges. v. 2. Sept. 79 § 6 und Sächsisches Forststrafgesetz v. 30. Apr. 73 Art. 1 lassen die Strafe des gemeinen Diebstahls eintreten, wenn der Wert des entwendeten Gegenstands den Betrag von 20 bezw. 9 Mk. übersteigt. (Cf. Lehr § 13 S. 55.) Vgl. auch Sächs. Ges. v. 11. Aug. 55 Art. 1.

[22]) Cf. Dickel l. c. S. 11 f. u. a.

-hauung etwas wesentlich anderes als der Diebstahl, „mit dem er — ie v. Liszt einmal sagt[23]) — nur den Namen gemein hat".

Gleichwohl ist im geltenden Recht der Forst- und Felddieb- :ahl — wie gesagt — m. E. nichts andres als ein milderer, privile- ierter Fall des Diebstahls, ähnlich wie der „Mundraub".[24]) „Die eringwertigkeit der Objekte und der durch die leichte Zugänglichkeit erselben gegebene Anreiz zur Wegnahme rechtfertigen (nach Ziegner- nüchtel a. a. O. S. 245) diese Privilegierung. Hier kommen - darin ist dem genannten Schriftsteller vollkommen beizupflichten — hnliche Gesichtspunkte wie bei der Genussmittelentwen- ung, § 370,5 Str.G.B., zur Berücksichtigung, und es er- :heint daher eine gleichmässige Behandlung beider Delikte . . nicht unangemessen."

§ 44.

6. Der sog. Futterdiebstahl (§ 370 No. 6)[1]). Derselbe wird juristisch harakterisiert als Besitzentziehung[2]), als privilegierte Sachbeschädigung[3]), s ein aus kriminalpolitischen Erwägungen für strafbar erklärter Un- ehorsam gegen den Willen des Eigentümers[4]), als ein dem Diebstahl

---

[23]) In seinem Lehrb. 1892 S. 78; 1896 S. 80 N. 4; ihm folgend W. v. Hippel c. S. 43 u. a. m. Desgl. P. Kayser, Holtzd. Hdb. IV. S. 46; John l. c. S. 273. f. Olshausen I. E. G. § 2 Nr. 10a.

[24]) Bezüglich des Felddiebstahls nennt Würtemberg. Polizei-St.G.B. Art. 36 ie R.Str.G.B. beim Mundraub „Gegenstände von unbedeutendem Wert oder in eringer Menge".

[1]) Vgl. abgesehen von den Kommentaren (z. B. Oppenhoff § 370 No. 29 ff., üdorff N. 5 etc.) und Lehrbüchern: Arnold, Zur näheren Bestimmung des egriffs vom Diebst., Blätter f. R.A. IX. (1844) S. 106—109; Ullmann S. 78—80 14; A. Schwarze, Der sog. Futterdiebstahl nach deutschem Recht. Berl. 93 [oder essen Diss.: Geschichtl.-dogmatische Erörterung des § 370 No. 6 R.Str.G.B. Halle a. S. 3; dazu Stenglein i. G.S. 49 S. 398 f.] S. 26 ff.; Hälschner II. 1 S. 302 f.; ickel § 24 S. 58 f.; v. Bar, Bödikers Magazin IV. S. 8; Lehr § 7 S. 33 sowie ie das. Note 1 aufgef. Litteratur.

[2]) R. Löning in seinem Grundriss 1885. Die Besitzentziehung i. e. S. urtum possessionis) findet aber nicht gegenüber dem Eigentümer zu dessen Schaden att. Besitzentziehung im weitern Sinn ist jede Wegnahme, also auch Diebstahl, aub und dgl.

[3]) Rotering und ihm folgend Olshausen (vgl. ebenso: Oppenhoff N. 29 a § 370 und § 303 N. 11. Dagegen: A. Schwarze § 9 S. 35 ff. sub III.

[4]) Cf. A. Schwarze S. 17.

analoges delictum sui generis[5][6]) und nur ganz selten als besondrer privilegierter Fall des Diebstahls[7]).

Der Thatbestand des Diebstahls[8]) wird bei § 370,6 nach der herrschenden Ansicht als ausgeschlossen betrachtet, weil die rechtswidrige Zueignung bezw. die Absicht einer solchen mangle[9]). Wie hier die Zueignung geleugnet werden könnte, — sagt Hälschner II. 1 S. 303 — während sie zugestanden wird, wenn der Dieb im Auftrage oder zu Gunsten eines andern stiehlt und diesem sofort die Sache übergibt, bleibt unverständlich. Gehörte zum Diebstahle weiter nichts als „eine dolose rechtswidrige Verletzung des fremden Eigentumsrechtes", so wäre es in der That — wie Dickel l. c. S. 58 richtig hervorhebt — nicht abzusehen, „warum es kein Diebstahl sein sollte, wenn der Pferdeknecht[10])

[5]) So A. Schwarze § 11 S. 44 f.; v. Wächter, Vorles. S. 438: „ein pflichtverletzender Eingriff in fremde Vermögensrechte eigentümlicher Art".

[6]) Der Futterfrevelist (nach A. Schwarze) „Beeinträchtigung fremden Eigentums" (cf. Art. 330 des sächs. Str.G.B. v. 1868; oben S. 117 dsr. Abhdlg.).

[7]) Namentlich Ullmann. [Cf. A. Schwarze S. 30 N. 7.] Sonst ist man ziemlich allseitig darüber einverstanden, dass im Fall des § 370,6 der Thatbestand des Diebstahls mangelt; nur bezüglich der Motivierung dieser Thesis gehen die Ansichten auseinander. (Vgl. im Text das Folgende!) — Die ältere Praxis hat (unrichtigerweise) den Futterfrevel mindestens ebenso häufig als eigentlichen Diebstahl bestraft, wie sie ihn für straflos gehalten hat. (Cf. A. Schwarze S. 31.)

[8]) § 370,6, wo bloss von „wegnehmen" die Rede ist, ist natürlich auf die der Unterschlagung entsprechenden Fälle von Futterfrevel nicht anwendbar. So ausdrücklich A. Schwarze S. 45, während nach seiner Ansicht die Entwendung des § 370,5 auch die Unterschlagung mitbegreift. Siehe das Nähere oben S. 160 f.

[9]) So Oppenhoff N. 29; Rüdorff N. 5; v. Schwarze, Komm. zu § 370,6; Meves, Strafges.-Novelle ibid.; H. Meyer, Lehrb.; Liszt 1896 S. 432 N. 12; Oppenheim; A. Schwarze S. 26 ff.; Lehr S. 17, 32 f., sowie die bei A. Schwarze S. 29 N. 6 und Lehr S. 33 N. 1 zit. — Contra: die bei A. Schwarze S. 30 Note 7 zitierten: Ausser Ullmann l. c., der Diebstahl annimmt, weil er für denselben nur Verletzung des formalen Eigentumsrechts fordert, halten beim Futterdiebstahl die Absicht rechtswidriger Zueignung für gegeben: Wengler [zit. bei A. Schwarze § 6 S. 26 f.: Das Wesen des animus rem sibi habendi bestehe nur darin, dass der Dieb hinsichtlich der fremden Sache als wirklicher Eigentümer sich geriere]; Kersting [zit. ibid. S. 27: Absicht, über die Sache als Eigentümer zu verfügen, sei es zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil anderer oder in sonstiger Weise]; Weiss; Hälschner l. c. Dagegen wendet sich A. Schwarze S. 27 ff. Neben Hälschner wäre hier auch v. Bar zu nennen, der gleichfalls (formale) Zueignung beim Futterdiebstahl voraussetzt. (Vgl. das Folgende!)

[10]) § 370,6 ist natürlich nicht auf die mit der Pflege des betr. Viehes betrauten Personen zu beschränken. (Oppenhoff N. 30.) Es soll im Obigen nur ein Beispiel angeführt werden.

seinem Herrn doloserweise Futter wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern. Denn bleibt gleich allerdings die Sache [bezw. deren Wert] im Vermögen [natürlich nur im wirtschaftlichen Sinn] des Herrn, so hört sie doch auf, als solche zu bestehen, das abstrakte Eigentumsrecht wird verletzt“, wie wenn sie der Thäter durch Sachbeschädigung zerstört hätte.

Wenn gesagt wird, der Knecht, der das dem Herrn gehörige Futter gegen dessen Willen zum bezeichneten Zwecke wegnimmt, habe die Absicht der Zueignung deshalb nicht, weil er die Sache in dem Nutzen des Eigentümers verwende[11]), so setzt man sich dem oben angegebenen, von Hälschner S. 303 gemachten, in Wahrheit sehr berechtigten Vorwurf aus. Ist es doch in der That unbegreiflich, wie man dann den Fall als gemeinen Diebstahl ansehen kann, wo der eine dem andern eine Sache stiehlt, um sie ihm bei kommender Gelegenheit zum Geschenke zu machen, und ähnliche Fälle mehr! — Und ferner leugnet man damit — wie ich bei Bar l. c. S. 8 ganz zutreffend betont finde — implicite den Diebstahl deswegen, weil es an einer Art gewinnsüchtiger oder Bereicherungsabsicht fehlt, — an jenem Merkmal also, das die herrschende Theorie aus dem subjektiven Thatbestand des Diebstahls gewaltsam zu entfernen versucht hat und auf diese Weise wieder hereinbringt. Denn wer verbotswidrig eine fremde Sache verbraucht, verfügt über dieselbe, als wäre er Eigentümer, eignet sich die Sache an[12]); dass er es möglicherweise nicht zu seinem pekuniären Nutzen thut, ändert an diesem Sachverhalt nichts. So ist es denn vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus nur folgerichtig,

---

[11]) Vgl. A. Schwarze S. 28: „Beim Futterdiebstahl kommt lediglich eine Entwendung in Betracht, welche in der Absicht geschieht, das Entwendete im Interesse des Verletzten zu verwenden. Die Wegnahme in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung aber schliesst in gleicher Weise wie die Wegnahme in »gewinnsüchtiger Absicht« die Absicht notwendig in sich, die wegzunehmende Sache dem Verletzten zu entziehen.“ Ibid. S. 41 sub. IV.: Hiernach gibt es „zwei Klassen von Entwendungen fremder beweglicher Sachen: 1) Grundsätzlich mit Strafe bedrohte Sachentwendungen in der Absicht, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen. 2) Die nach Reichsrecht mit alleiniger Ausnahme des Futterfrevels straflosen Sachentwendungen, welche wider Willen des Eigentümers in der Absicht begangen werden, die Sache im Interesse desselben zu verwenden.“ — Cf. Dickel S. 60 § 25.

[12]) H. Meyer sagt, § 370,6 enthalte nur die Absicht einer rechtswidrigen Verfügung über die Sache, nicht die Absicht rechtswidriger Zueignung: Die beiden Begriffe decken sich nicht.

wenn Ullmann a. a. O. betont, dass es in den Fällen des § 370,6 a dem Diebstahlsdolus in Wahrheit gar nicht fehle. Auch der Futter diebstahl — sagt Ullmann — ist wirklicher Diebstahl.[13])

Die Zueignung also — im Sinne der herrschenden Meinung, al formelle Disponierung, Verfügung über die Sache mit Ausschluss de Berechtigten, wie solche nur dem Eigentümer zusteht oder dem, de sein Recht von ihm herleitet, — ich sage: die Zueignung in diese Bedeutung und die auf eine derartige „Zueignung" gehende Absicl fehlen beim Futterfrevel durchaus nicht. Was bei diesem Delil mangelt, ist jene Zueignungsabsicht bzw. jene Zueignung, wie ich si oben S. 82 ff. und 151 ff. § 40 als wirtschaftliches, das Vermögen de einen vermehrendes und das des andern verminderndes Handeln ku zu kennzeichnen versucht habe. Nur wenn die Zueignung im letzte Sinne aufgefasst wird, ist es richtig zu sagen: Der Futterdiebstahl i wegen Mangels der Zueignung resp. Zueignungsabsicht keine Spezi des eigentlichen Diebstahls; oder — wie man sich noch ausdrücke kann, ohne damit einen andern Sinn zu treffen, — er ist nicht Die stahl, weil die Absicht nicht auf eine mit der Vermögensbeschädigu korrespondierenden Vermögensbereicherung gerichtet ist. Sollte di aber der Fall sein, z. B. wenn der Knecht, Dienstbote u. s. w. d Unterhalt der Tiere seines Herrn gegen eine Vergütung selbst zu b streiten hat und dgl., so könnte auch der blosse Futterfrevel zum wir lichen Diebstahl werden (cf. v. Bar l. c. S. 21 lit. b.), insofern die Th nicht unter eine Feldpolizeivorschrift, z. B. Preuss. Feld- und For polizei-Ges. vom 1. Apr. 80 § 18, oder eine sonstige Spezialstr drohung fiele.

Also beides — sowohl Vermögensbeschädigung auf der eine als die Bereicherungsabsicht auf der andern Seite — fehlt im Fa des sog. Futterdiebstahls; sowohl wegen des einen, wie wegen d andern Mangels liegt wirklicher Diebstahl nicht vor, und es ist dah ziemlich gleichgiltig, ob man mehr Gewicht auf das Fehlen des ein Moments oder mehr auf den Mangel des andern legen will.

Eine ähnliche Auffassung haben bisher vertreten u. a.:

Hälschner l. c. S. 303: „Nicht weil die rechtswidrige Zueignu

[13]) Cf. Ullmann S. 80: Beim Futterdiebst. liegt „eine Verletzung frem Eigentumsrechte in ihrer formalen Erscheinung" vor, „die sich zugleich als materieller Eingriff in fremde Vermögensrechte darstellt, weil sie eine Verlet vermögensrechtlicher Interessen in sich schliesst".

[sc. im Sinne der herrschenden Ansicht] mangelt, sondern nur deshalb liegt kein Diebstahl vor, weil das weggenommene Futter wieder in das Vermögen des Eigentümers verwandt wurde [nicht ganz deutlich! Man denke an den oben zit. Fall der Wegnahme einer fremden Sache, um sie dem Bestohlenen zum Geschenk zu machen, also auch in sein Vermögen wieder zu verwenden, in rem domini zu vertieren; gleichwohl dürfte hier regelmässig Diebstahl anzunehmen sein], darum die vom Gesetz beim Diebstahl als erforderlich vorausgesetzte Vermögensbeschädigung mangelt.“ Gegen Hälschner ohne triftigen Grund: Wirth l. c. S. 27 f.

Dickel l. c. S. 58 f.: „Nur daraus lässt sich § 370 Nr. 6 erklären, dass man annimmt, zum Diebstahl gehöre Bereicherung auf fremde Kosten, die unentgeltliche Zueignung . . .“. Dies fehlt beim Futterdiebstahl.

Merkel, Holtzd. Hdb. III. S. 652 und 661 N. 11, gibt gleichfalls zu, dass der Mangel der Bereicherungsabsicht der Grund der besondern Strafbestimmung über den Futterdiebstahl sei.

Meves (Srafgesetz-Novelle etc. Erl. 76) zu § 370 No. 6 hebt auch die mangelnde Beschädigung hervor und leugnet zugleich die Zueignung.

A. Schwarze stimmt offenbar dem Gesagten bei, wenn er a. a. O. S. 34 § 7 sub V. und VI. ausführt: Was die Behauptung betreffe, der Futterfrevel sei kein Diebstahl wegen Mangels einer Vermögensbeschädigung, d. h. einer Minderung des Wertes des Vermögens, so sei dieselbe richtig, wenn anders der Begriff des Diebstahls eine Vermögensbeschädigung auf Seiten des Bestohlenen erfordere. „Denn bei der Beantwortung der Frage, ob der Futterfrevel Diebstahl sei oder nicht, kommen von vornherein nur die Fälle des Futterfrevels in Betracht, wo es sich um Wegnahme von Futter wider Willen des Eigentümers zur Verfütterung an dessen Vieh handelt.“ Und ibid. sub VI.: Wer zum Diebstahl auf Seiten des Thäters die Absicht verlange, sich auf fremde Kosten zu bereichern, könne selbstverständlich ohne Mühe den Futterfrevel vom Diebstahl ausscheiden, da für diese Absicht im subjektiven Thatbestand des Futterfrevels kein Raum sei. (In Note 12 l. c. sind als hierhergehörend unter andern Merkel und Hälschner aufgeführt.)[14])

Von den oben S. 144 N. 1 genannten drei Fällen einer rechts-

---

[14]) Ähnlich Schwarze ibid. S. 26 § 5 III, S. 30 § 6 III. Vgl. oben S. 169 N. 11.

widrigen formellen Zueignung einer fremden Sache ohne Bereicheru auf fremde Kosten ist der sog. Futterdiebstahl von unserm Strafgeset mit Strafe bedroht. Da nun in der That er allein vom geltend Recht mit Straffolgen ausgestattet ist, so bleiben nach dem allgemein im Strafrecht geltenden Grundsatz „nulla poena sine (nisi) lege (p nali)“ alle jene andern Fälle, in denen ein Angriff auf das wirtschaftli Vermögen nicht stattfindet, speziell das thatsächliche und objekt Moment der Bereicherung auf fremde Kosten zu vermissen ist, stra und jedenfalls von der Diebstahlsstrafe ausgeschlossen. Ob hierin lege ferenda ein Mangel unsres Gesetzes liege[15]), habe ich an die Stelle nicht zu prüfen; auf alle Fälle ist es aber m. E. unzutreffe mit Dickel l. c. S. 60 § 25 und andern zu behaupten, dieser Man bzw. dessen Vorhandensein ergebe sich von selbst.

§ 45.

Nachtragsweise sind hier noch zwei dem Diebstahl anal Vergehen zu berücksichtigen, welche das röm. Recht unter furtum miteinbegriffen.[1])

1. Die Gebrauchsentwendung oder Gebrauchsanmass (furtum usus)[2]) des § 290 ist wegen fehlender Aneignung bezw. eignungsabsicht kein wirklicher Diebstahl[3]). Das Subjekt des Vergeh muss ein „öffentlicher Pfandleiher“ sein[4]). Handlungsobjekt sind die von dem öffentlichen Pfandleiher „in Pfand genommenen Geg stände“, d. h. die ihm zum Faustpfand gestellten beweglichen Sach

Als Schutzobjekt wird von den Vertretern der Eigentumsdeli theorie (z. B. Oppenheim l. c. S. 271) das Eigentum oder das R des Eigentümers bezeichnet; doch mit Unrecht, da ja der Thäter d

---

[15]) So dass der Vorschlag, wie er u. a. von A. Schwarze gemacht wird, § 370,6 eine allgemeinere Fassung zu geben, gutgeheissen werden müsste.

[1]) Vgl. Hälschner II. 1 S. 338 § 95: „Indem das St.G.B. sich der deu rechtlichen Auffassung des Diebstahls als eines gegen das Eigentumsrecht (?) gerich Deliktes anschloss, war damit (?) das furtum possessionis und usus vom Dieb ausgeschlossen.“

[2]) Der einzige heute strafbare Fall des f. us. — Über furt. us. Pfandgläubiger und Depositare s. l. 54 D. de furt. 47,2.

[3]) Cf. Olshausen II. N. 6 zu § 290.

[4]) Cf. Olshausen ib. N. 2; Oppenhoff N. 1.

[5]) Cf. Olshausen ib. N. 3.

die Ingebrauchnahme jenes Recht in keiner Weise zu verletzen beabsichtigt und auch thatsächlich regelmässig nicht verletzt. Handelt es sich doch sicher nicht um Anmassung irgend welchen Gebrauchsrechts[6]) an einer fremden Sache, furtum iuris utendi, sondern um rechtswidrige, thatsächliche Ausübung des Gebrauchs, um ein faktisches Gebrauchen, welches ebenso wie das Zueignen kein juristisches, sondern wirtschaftliches Handeln bedeutet. Das Verbrauchen, welches bekanntlich selbt schon Zueignen ist, ist nur der höchste, intensivste Grad des Gebrauchens[7]). Übrigens kommt es nur darauf an, dass der Pfandleiher die Gegenstände „unbefugt" in Gebrauch nimmt, d. h. wider den Willen des Verpfänders, der gar nicht Eigentümer zu sein braucht, so dass also in Wahrheit durch den Pfandleiher kein Recht des Eigentümers, sondern höchstens des Verpfänders, verletzt sein kann. — Stets angegriffen erscheinen hier vermögensrechtliche Interessen; wenn auch Vermögensbeschädigungen oft nicht vorliegen oder doch wenigstens nicht strikte nachweisbar sein dürften, ist mindestens eine Gefährdung doch immer zu verzeichnen, die sich auf denjenigen Teil des Vermögens bezieht, welcher sich aus den betr. „in Pfand genommenen Gegenständen" zusammensetzt. Denn dass Gegenstände, welche geeignet sind, als Faustpfand zu dienen, stets einen Geldwert repräsentieren, versteht sich nach der Natur der Sache von selbst; fehlt daher auch in § 290 ein diesbetreffender Zusatz, so sind trotzdem die daselbst genannten „Gegenstände" nur als Wert- oder Vermögensgegenstände zu betrachten.

Demgegenüber ist nicht zu verkennen, dass — im Gegensatz zu den jedenfalls rechtswidrigen, aber regelmässig nur civilrechtliche Verantwortung begründenden Fällen des furtum usus — hier nach den Motiven S. 81 f. „der Missbrauch des öffentlichen Vertrauens" durch den öffentlichen Pfandleiher das wesentliche Moment der Strafbarkeit bildet[8]). M. a. W.: Nur wo unter Missbrauch des öffentlichen Vertrauens Pfandgegenstände in Gebrauch genommen und so vermögens-

---

[6]) Nach Ullmann S. 11 soll das furt. us. eine Richtung auf das Gebrauchsrecht haben.

[7]) Ist der Gebrauch zugleich Verbrauch, so wird qualifizierte Unterschlagung (Veruntreuung) ideell konkurrieren; cf. Oppenhoff N. 3.

[8]) Olshausen ib. N. 1; Rüdorff N. 2; Mot. z. II. Entw. § 286. „Dieser Anschauung [sc. der Motive] ist es wohl auch zuzuschreiben, dass die Bestrafung nicht bloss auf Antrag des Verletzten erfolgt": Merkel l. c. S. 838 oben.

rechtliche Interessen angegriffen werden, greift das Strafrecht ein. Durch den Missbrauch des öffentlichen Vertrauens gewinnt die Handlung eine weitergehende Bedeutung als ein bloss civilrechtliches, durch Privatklage hinreichend zu schützendes Interesse.

So involviert der um des eigenen Vorteils willen bewusst geschehene rechtswidrige Angriff auf fremdes Vermögen seitens des öffentl. Pfandleihers nicht in letzter Reihe eine Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten. Vielleicht war gerade diese Pflichtverletzung für den Gesetzgeber das vornehmliche Motiv zur Kriminalisierung betreffender Handlungen. Eine Art positiver Pflichtverletzung, nämlich die unbefugte Ingebrauchnahme von Pfandobjekten [9]), geschehen unter Missbrauch öffentlichen Vertrauens, der publica fides, soll eben durch § 290 unter Strafe gestellt werden. Somit können wir neben dem Schutzobjekt des Vermögens zugleich die aus dem Pfandvertrag entspringende obligatorische Pflicht des öffentlichen Pfandleihers als Schutzobjekt betrachten. § 290 ist im deutschen Recht der einzige Fall, in dem die Gebrauchsanmassung, das Ingebrauchnehmen einer fremden Sache, ausnahmsweise mit Strafe bedroht ist, aber auch der einzige Fall, wo das R.St.G.B. die vorsätzliche Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten, speziell die eigennützige Ausbeutung eines durch Detention eines Vermögensobjekts dies thatsächlich ermöglichenden Zustandes, unter Strafe stellt, abgesehen von der Blankettstrafdrohung des § 360 No. 12. (§ 370 No. 3 gehört nicht hierher.) Vgl. oben § 14 S. 51ff.

2. Die Gewahrsams- oder Besitzentwendung (furt. possessionis) des § 289. Diese Bestimmung steht mit dem eben besprochenen § 290 in unmittelbarem Verhältnis: Während § 290 einen durch gleichzeitige Verletzung der dem Pfandgläubiger obliegenden Verpflichtung geschehenen Angriff auf vermögensrechtliche Interessen kriminalisiert, stellt § 289 umgekehrt die Verletzung der dem Pfandschuldner und Eigentümer obliegenden Verbindlichkeit unter Strafdrohung, soweit jene Verletzung durch Wegnahme der Sache, an welcher das Pfandrecht besteht, geschicht[10]). § 289 hat aber aus natürlichen Gründen nicht bloss den öffentlichen Pfandleiher, sondern jeden Pfandgläubiger

---

[9]) Olshausen eod. N. 4.

[10]) Cf. A. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. Stuttg. 93, betr. die Delikte der §§ 288, 289, 136, 137 Str.G.B. Dazu F. Stein i. G.S. 49 S. 372 ff.

im Auge. Davon abgesehen spricht § 289 noch von dem Fall, dass dem Nutzniesser oder überhaupt „demjenigen, welchem an der Sache ein [dingliches oder persönliches[11])] Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht“, die Sache weggenommen wird. Auch hierbei verletzt der Verpflichtete seine rechtliche Verbindlichkeit wie oben. Für den Nutzniesser und überhaupt den Gebrauchsberechtigten ist selbstredend der Gebrauch kein unbefugter; deshalb spricht § 290, der nach seinem Wortlaut übrigens restriktiv bloss auf öffentliche Pfandleiher zu beziehen ist, von der unbefugten Ingebrauchnahme nur seitens eines Faustpfandbesitzers. — § 289 behandelt aber nicht nur das furtum possessionis im römisch-rechtlichen Sinn[12]), sondern der Begriff ist nach den Motiven „dadurch erweitert, dass die auf dieses Vergehen angedrohte Strafe nicht bloss den Eigentümer, sondern auch denjenigen treffen soll, der die im Besitz des Nutzniessers u. s. w. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigentümers in rechtswidriger Absicht wegnimmt“.

Nach den Motiven soll „das Besitzrecht“ der genannten Personen geschützt werden[13]). Aber sowenig das furtum usus Anmassung des Gebrauchsrechts ist, ist das furtum poss. Anmassung eines Besitzrechts.

Nach andern, wie Oppenheim l. c. S. 271, ist der Gewahrsam das Schutzobjekt, die thatsächliche Innehabung (Detention) einer Sache von Seiten des Berechtigten. Diese Ansicht ist im allgemeinen haltbar. Aber wie beim Diebstahl des § 242 die Besitzentziehung, die Wegnahme der Sache aus fremdem Gewahrsam, das Mittel der beabsichtigten rechtswidrigen Zueignung bildet, während man vielfach als Angriffsobjekt beim Diebstahl den Besitz (manchmal sogar in erster Reihe vor dem Eigentumsrecht; so z. B. v. Liszt) bezeichnet, so ist auch das Vergehen aus § 289 kein „einfacher Fall der Besitzentwendung“; vielmehr soll diese auch hier als Mittel dienen zur „Beeinträchtigung der recht-

---

[11]) Olshausen II. § 289 N. 2, 5; Oppenhoff N. 6; Merkel S. 836 f. § 6.

[12]) Olshausen II. § 289 N. 1 sagt unrichtig: „Der § 289 behandelt zunächst einen Fall des furt. poss.“ Vielmehr glaube ich, dass das furt. poss. nach röm. Civilrecht nur vom Eigentümer und nicht von jedem beliebigen Dritten begangen werden kann und damit in § 289 vollständig, nicht teilweise (ja sogar — wie im Text oben ausgeführt ist — in erweitertem Umfang) geregelt wird.

[13]) Auch Ullmann l. c. S. 11 spricht sich dahin aus, dass das furt. possess. eine Richtung gegen fremde an der eigenen Sache eingeräumte Besitzrechte habe. — L. Lenz a. a. O.

lichen Lage des besitzenden Nutzniessers etc. durch Beseitigung de faktischen Voraussetzung für die volle Ausübung seines Rechts" (Binding Normen II. S. 548). Da das Objekt der äussern Handlung eine „beweglich Sache" ist, an welcher einem Dritten ein Nutzniess- oder Pfand- ode Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, schützt § 289 nich den Besitz als solchen, sondern nur in den bezeichneten Fällen de vermögenswerten Besitz, welcher ausserdem auf einem der genannte Rechte zum Besitz beruht. (Olshausen II. ib. No. 2.) Währen aber beim Diebstahl die Sache einem beliebigen „andern" weggenomme werden kann, ohne an der Qualifikation als Diebstahl etwas zu ändern muss hier die Sache dem Nutzniesser etc. weggenommen werden[14]) denn nur der Nutzniesser, Pfandgläubiger etc. sind im Fall des § 28 in ihrem Vermögen verletzt und werden vor solchen Schädigunge sogar (durch § 289 allerdings wiederum **nur**) gegenüber dem Eigen tümer geschützt: Hat ein Dritter nicht zu Gunsten des Eigentümer sondern zu eigenem Nutzen die Sache weggenommen, so ist der Krei der verletzten oder geschädigten Personen ein weiterer, und es ha daher bedingungsweise § 242 Anwendung zu finden. Diese Unte scheidung des § 289 vom § 242 ist wohl gerechtfertigt. Nicht einm der schädigende Effekt (ganz abgesehen von der Gefährlichkeit de Handlung und der Offenbarung eines verbrecherischen Willens, de wie die Gefährlichkeit, in beiden Fällen ganz verschieden ist) ist fü die in § 289 genannten Personen notwendig derselbe. Können si doch in der Regel im Fall des § 289 [auf Grund des obligatorische Vertrags mit dem zur Disposition über die Sache Berechtigten (Eige tümer) oder im Hinblick auf die Bekanntschaft des Thäters u. s. w viel eher ihre Vermögensinteressen wahren als im Fall des § 24 Trotzdem ist dies nicht immer leicht möglich; daher die speziell Strafdrohung des § 289.

Nach diesen Ausführungen ist es einzig und allein ein vermögens rechtliches Interesse der genannten Personen, welches dieselbe an ihrer ungestörten Rechtsausübung haben: Dieses soll geschüt werden, selbst wenn es vom Eigentümer der betr. Sache angegriffe wird. Dass die „bewegliche Sache" des § 289 — ebenso wie d „in Pfand genommenen Gegenstände" des § 290 — keine absol wertlose sein kann, dürfte, wenn davon auch nichts ausdrücklich i

[14]) Olshausen ib. No. 8; vgl. auch Liszt 1896 S. 429 N. 1.

Wortlaut der §§ 289 und 290 steht, wohl von niemand ernstlich in Abrede gestellt werden können. Durch die Entziehung der Sache dem Berechtigten gegenüber wird dessen vermögensrechtliche Lage mehr oder minder verschlechtert; die des Eigentümers soll dadurch verbessert werden. Denn der Eigentümer nimmt seine Sache im eigenen Interesse weg, der Wegnehmende der fremden Sache thut es „zu Gunsten des Eigentümers derselben“. (Cf. Olshausen ib. N. 10; Oppenhoff N. 3; v. Schwarze No. 3). Letzteres kann aber nur dann geschehen, wenn der dritte Nichteigentümer durch seine Handlung dem Eigentümer auf Kosten oder zum Schaden des Nutzniessers etc. einen Vorteil verschaffen will. — Gleichzeitig können wir bei genauerer Betrachtung hieraus ersehen, dass die Beziehung des § 289 zu § 242 eine viel engere ist, als man auf den ersten Moment glauben sollte. Auch für das Folgende dürfte dies von Wichtigkeit sein.

Zum subjektiven Thatbestand des § 289 wird ausdrücklich eine „rechtswidrige Absicht“ erfordert. Dieser Begriff ist (ob mit Grund, lasse ich dahingestellt) sehr allgemein gefasst, so dass ich es nicht bloss für überflüssig, sondern für unrichtig halte, wenn man unter der rechtswidrigen Absicht im § 289 die Absicht versteht, „das an der weggenommenen Sache begründete Recht des Nutzniessers etc. zu vereiteln“, und damit den Inhalt dieses Erfordernisses erschöpft zu haben glaubt[15]. Nach der gemeinen Meinung bedarf es keineswegs der Absicht der materiellen Schädigung oder einer gewinnsüchtigen bzw. eigennützigen Absicht[16]. Ist auch in der That das Motiv der

---

[15]) So Olshausen ib. No. 11; Rüdorff ib. No. 3: „Die rechtswidrige Absicht geht auf Verletzung des Rechts des Nutzniessers u. s. w.“; Oppenhoff No. 9: „Die ›rechtswidrige Absicht‹ muss auf Verletzung des wenigstens formell begründeten Nutzniessungs- etc. Rechts gerichtet sein; ein Weiteres wird nicht erfordert“; Hälschner II. 1 S. 338 § 95: „Rechtswidrige Absicht“ ist die Absicht, „den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes zu behindern“; also nicht bloss das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit wird erfordert; Merkel l. c. S. 836; Liszt 1896 S. 430.

[16]) Oppenhoff l. c. N. 9 i. f.: „Einer eigennützigen bezw. gewinnsüchtigen Absicht bedarf es nicht“; Olshausen l. cit.; Rüdorff l. c.; Hälschner l. c.: „Die Absicht, sich selbst oder dem Eigentümer einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder dem Berechtigten neben der Verletzung seines formalen Rechtes eine Vermögensbeschädigung zuzufügen, ist ebensowenig erforderlich als das Motiv der Gewinnsucht.“ Desgl. R.G.E. I. v. 28. Juni 80, Rechtspr. II. S. 131.

Gewinnsucht nicht entscheidend, so kann ich dem doch nicht be pflichten und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der 25. Abschnitt des besondern Teils des R.Str.G.B. hande nach der Überschrift von dem „strafbaren Eigennutz" und der „Ve letzung fremder Geheimnisse". Auch diese Überschrift ist Bestandte des Gesetzes, hat deshalb gesetzliche Autorität und muss bei Inte pretation der unter genannte Überschrift fallenden Bestimmungen m in Betracht gezogen werden[17]). Ausserdem lässt sich von den a „strafbarer Eigennutz" aufgefassten Fällen nicht ein einziger namha machen, aus dem hinreichend hervorginge, dass Eigennutz zum Tha bestand nicht erforderlich sei. Erst dann wäre unter Umständen ei Indiz für die Ansicht erbracht, die — mirabile dictu — eigennützi Absicht nicht zum Eigennutz verlangt. Bei den dem § 289 vorau gehenden und nachfolgenden §§ ist vielmehr das Gegenteil, weil kl. auf der Hand liegend, nicht bestritten[18]). § 289, welcher eine Ve letzung fremder Geheimnisse offenbar nicht enthält, muss deshalb a Fall strafbaren Eigennutzes anerkannt werden, und dies rechtfertigt si

2. insbesondere auch durch die ihm gewordene Stellung zwisch den §§ 288 und 290.

3. „Ein Dritter nimmt — sagt Oppenhoff l. c. Nr. 3 selb — die Sache »zu Gunsten des Eigentümers« (vgl. K.O. § 212 »i

---

[17]) Vgl. oben S. 37, 114. — Welches Gewicht man auf die fragliche Üb schrift legen will, ist eine Frage für sich. Gegen obige Auffassung wird gelte gemacht: „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" seien farbl Sammeltitel; insbesondre bilde der „Eigennutz" nach allgemeiner Anschauung k begriffliches Thatbestandsmerkmal der unter seinem Zeichen geführten Deli (cf. Olshausen zum 25. Abschnitt No. 1; R.G.E. v. 3. Mai 88, Entsch. Bd. S. 5). Dass Gewinnsucht als Zweck (doch wohl = eigennützige Absicht) nicht ol weiteres aus dem Titel des 25. Abschnitts „strafbarer Eigennutz" zu entnehm erhelle aus ihrer besondern Hervorhebung in § 301 f. (Schaper in Holtzd. Hdb. S. 196 N. 3). Darauf liesse sich erwidern: Objektive Rechtswidrigkeit gehört d bekanntlich ausnahmslos zu jedem Delikt; insbesondere gibt es keine strafb Vermögensbeschädigung oder -zueignung ohne Rechtswidrigkeit der That. Dem wid streitet nun aber auch nicht die Thatsache, dass die Strafgesetzbücher einers keine positive Vorschrift über Rechtswidrigkeit als allgemeines Deliktsmerkmal enthalt andrerseits häufig Rechtswidrigkeit anführen als besondres Thatbestandsmerk einzelner Delikte. Cf. Lauterburg l. c. S. 194 ff. S. auch (über den „Eigennut Merkel l. c. III. S. 826 f. § 1.

[18]) Vgl. die Bemerkung Hälschners II. 1 S. 396 f. zu § 297 St.G.B.

Interesse eines Schuldners«)[19]) weg, wenn er durch seine Handlung dem letztern auf Kosten des Nutzniessers etc. einen Vorteil verschaffen will."

4. Die innere Verwandtschaft des § 289 mit § 290, auf die wir bereits verwiesen, unterstützt unsere Ansicht.

5. Eine Entscheidung des O.A.G. Jena v. 25. Jan. 1872 (Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspr. etc. I. S. 273), der wir im Resultat beipflichten müssen, weist ausserdem auf das Verhältnis des § 289 zu dem eine geringere Strafe androhenden § 137 hin[20]). § 289 Abs. 2 gestattet bedingungsweise Aberkennung der bürgerl. Ehrenrechte.

Nach alledem dürfte es richtiger sein, zum Dolus in § 289 die Absicht zu fordern, „sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder dem andern Schaden zuzufügen". Binding, Normen I. (1872) S. 119, sagt hierzu unter anderm: „Hier gesellt sich also zur widerrechtlichen Besitzentziehung noch die Absicht einer Schädigung", verlangt daher mindestens das Bewusstsein des Thäters, dass ein vermögensrechtliches Interesse des Besitzers oder Detentors durch die Wegnahme geschädigt werde, erachtet aber gleichwohl im Widerspruch hiermit (Normen II. § 69 S. 549) die „Absicht, einen Vermögensnachteil zuzufügen," für unnötig. Wer aber — das gilt auch hier — den Zweck will, will auch das Mittel.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, der sich Bedenken aus dem Gesetz selbst keine entgegenstellen lassen, obwohl es an Dissentienten natürlich nicht mangelt, wird durch den Fall beleuchtet, wo E dem P als dem Retentionsberechtigten seine eigene Sache wegnimmt und zwar in einer harmlosen Absicht, um dem P einen kleinen Schabernack dadurch zu spielen, dass nun P für einige Augenblicke sein Recht nicht auszuüben vermag. E, der die Sache freiwillig sofort wieder restituierte, hat sonach sicherlich in der Absicht gehandelt, „das an der weggenommenen Sache begründete Recht des Nutzniessers u. s. w. zu vereiteln", sei es auch nur vorübergehend; er war sich dessen bewusst, dass er hiermit das fragliche Recht eines Dritten, des P, verletze. Trotzdem, glaube ich, hat sich E dieses Scherzes wegen nicht eines Vergehens aus § 289 schuldig gemacht, weil er durch seine Handlung weder dem P Schaden zufügen, noch sich selbst

[19]) Die Lesart bei Oppenhoff l. c. war früher, 8. Ausg. 1881, unrichtig.

[20]) Vgl. auch Liszt 1896 S. 430 N. 2. Zerstörung eigner Sachen etc. fällt nach dem Wortlaut des § 289 nicht darunter.

einen Gewinn verschaffen wollte. Hat er aber trotzdem dadurch de
P Schaden verursacht, so lag dies ausserhalb des Kreises sein
Willens, und er kann deswegen sehr wohl civilrechtlich, nicht dagege
strafrechtlich, zur Verantwortung gezogen werden. Die gleiche Rücksic
hat im analogen Fall einer Selbsthilfe obzuwalten. § 289 ist desha
restriktiv zu interpretieren.

§ 46.

Dem Diebstahl nahe verwandt und früherhin regelmässig a
Diebstahl behandelt ist die rechtswidrige Aneignung einer herrenlos
Sache, in betreff deren einem andern die ausschliessliche Berechtigun
sie durch Okkupation zu erwerben, (auf Grund des Civilrechts) zusteht
Unberechtigtes Jagen, Fischen und Krebsen; Str.G.B. §§ 292 ff., 370 No.
Als strafbar betrachtet das Gesetz im ersten Fall nicht lediglich d
rechtswidrige Aneignung jagdbarer[2]) Tiere, sondern bereits ein Hande
in Zueignungsabsicht, die Ausübung der Jagd seitens des Nich
berechtigten. Die Ausdrücke „jagen" und „die Jagd ausüben" umfasse
„alle Handlungen, durch welche jemand Wild okkupiert oder auch nu
dasselbe aufsucht, verfolgt oder ihm nachstellt, um es (selbst) zu erlege
einzufangen oder sonst in Besitz zu nehmen"[3])[4]).

Handlungsobjekte sind in den Fällen der §§ 292 ff., 370 No. 4 da
jagdbare Wild[5]), die Fische und die Krebse, alles Gegenstände von Wer

---

[1]) Cf. Hälschner II. S. 339 § 97; Merkel l. c. S. 839 ff.; B. v. Kayse Jagd und Jagdrecht in Rom. Diss. Göttingen 94 (dazu Stenglein, G.-S. 51 S. 471).

[2]) Das Jagen auf nicht jagdbares Wild ist von der Strafvorschrift ausgeschlosse Oppenhoff § 292 N. 17; Hälschner S. 340.

[3]) Oppenhoff § 292 N. 8. — Hälschner l. c. S. 341 oben: Sowenig w die Absicht, sich das Wild anzueignen, ist das Motiv der Gewinnsucht erforderlich Oppenhoff N. 14, 15: „Der Absicht, sich das Tier rechtswidrig zuzueignen, bedarf e nur im Falle einer unbefugten Okkupation."

[4]) Sonach bedarf es zur Vollendung des Vergehens nicht der Besitzergreifung de Tieres. — Desgleichen bezeichnet „Fischen und Krebsen" in § 296, 296 a, 370 No. die Vornahme von Handlungen zur unmittelbaren Besitznahme der betr. Tiere in offene Gewässern (cf. Oppenhoff § 296 N. 1 f., 296 a N. 3). Die auf das Fangen der Fisch Krebse etc. gerichtete Handlung macht strafbar, ohne Rücksicht darauf, ob eine Okkupatio stattgefunden oder nicht. Anderweitige partikuläre fischereipolizeil. Strafvorschriften sin nicht aufgehoben (cf. E.G. z. St.G.B. § 2,2 und Preuss. Fischerei-Ges. v. 30. Mai 7 §§ 49 ff.).

[5]) Anders steht es mit dem Handlungsobjekt der Übertretung des § 368,10, d

Das vom Wilderer erlegte Wild ist richtiger Ansicht gemäss als in das Eigentum des Jagdberechtigten (Okkupationsberechtigten schlechthin), nicht des Wilderers gelangt anzusehen[6]). Von diesem Augenblick ab ist das gejagte Wild eine „fremde Sache“ im Sinne der §§ 242, 246 etc., wenn auch der in § 242 geforderte fremde Besitz oder Gewahrsam nicht (bezw. noch nicht) besteht; von jetzt ab wäre eine Unterschlagung und bei Vorhandensein einer fremden Innehabung Diebstahl etc. grundsätzlich möglich, während es vordem ein Wilddiebstahl im eigentlichen Sinne des Worts nicht gibt und ebenso keine Unterschlagung an herrenlosen Sachen begangen werden kann, sollte auch einem andern ein Recht auf dieselben zustehen[7]). Eine der als Jagdvergehen im Sinne der §§ 292 ff. sich darstellenden Handlung nachfolgende Tötung des Wildes, die sich sonst als Sachbeschädigung juristisch qualifizieren würde, oder Ansichnahme bezw. Aneignung desselben kommen grundsätzlich weiter nicht in Betracht; derartige zeitlich und rechtlich sekundäre Akte von untergeordneter Bedeutung werden selbstredend von dem Vergehen des § 292 absorbiert oder „aufgesogen“[8]).

---

gleichfalls hierher gehört. Sie enthält einen reinen Ungehorsam und ist zweifellos kriminalisiert aus polizeilichen Rücksichten im Interesse des Jagdrechts der auf dem Jagdgebiet zur Jagd berechtigten Personen, sowie einer geordneten Jagdausübung. Das (bewusst: Str.G.B. § 59; Oppenhoff § 368 N. 36, 41) unbefugte Betreten des fremden Jagdgebiets in Jagdausrüstung (Oppenhoff ib. N. 40) ist hiernach verboten und strafbar, weil ein solches Betreten erfahrungsgemäss in vielen Fällen nur zwecks unberechtigten Jagens erfolgt, während eine derartige Absicht des Thäters in concreto regelmässig schwer nachweisbar sein dürfte. Die blosse Thatsache macht daher strafbar, dass jemand zur Jagd ausgerüstet sich auf fremdes Jagdgebiet begibt, einerlei, aus welchen Gründen der Thäter handelt. Demgemäss kann Objekt des Delikts nicht das Wild sein, sondern das fremde Jagdgebiet, das räumliche Objekt der Handlung — wie Oppenheim sagt. Hiernach liegt in (der Übertretung des) § 368,10 cit., der — wie gesagt — durchaus polizeilichen Charakter trägt, ein Verbrechen mit räumlichem Objekt vor. Cf. Oppenheim l. c. § 34 S. 242.

[6]) Cf. v. Brünneck, De dominio ferarum, quae illicite capiuntur, Halle 1862; Goltdammer in seinem Archiv 1868 S. 24 ff.; Handwörterb. der Staatswissenschaften (hrsgeg. v. Conrad, Lexis, Elster und Löning) IV. s. v. „Jagdrecht“ (v. Brünneck). Contra: v. Wächter, Jagdrecht und Jagdvergehen, Lpz. 1870.

[7]) Cf. Hälschner II. 1 S. 346 § 100 und die das. N. 2 zitierten. Dagegen zieht Österreich in § 174 f, g das rechtswidrige Jagen auf offenem Felde und das Fischen in fliessendem Wasser ausdrücklich zum Diebstahl (cf. Merkel bei Holtzd. III. S. 637 N. 4).

[8]) Cf. u. a. Oppenhoff § 292 N. 11; § 246 N. 30 u. s. w.

Sonach haben die Jagdvergehen mit dem Diebstahl in der Th etwas Verwandtes. Namentlich ist auch die Absicht des Thäters beiden Fällen fast gleich.

Im Verhältnis zu § 292 sind in §§ 293, 294 Str.G.B. erschwerenc Umstände benannt; in letzterem Paragraphen wird rücksichtlich d Thatbestands vorausgesetzt, dass das Vergehen um des Erwerbes, um ein besonders scharf hervortretenden Gewinnes willen verübt wurd sei es, um das erlegte Wild zu verbrauchen, oder, um mittels dess Veräusserung sich zu bereichern — also nur eine genauer spezifizier Bereicherungsabsicht!

7. Vergleichung von Diebstahl und Sachbeschädigung.

§ 47.

Gegen die herrschende Auffassung der Eigentumsdeliktstheo spricht die Vergleichung von Diebstahl und Sachbeschädigung. Wahrheit nimmt ja der Zerstörer einer Sache einen Akt vor, welch das Recht nur dem Eigentümer oder sonst Berechtigten gestattet. liegt in jeder absichtlichen Zerstörung immer eigentlich ein Akt fo meller Aneignung im Sinne der herrschenden Theorie, und wenigste in dem Fall, dass der Beschädiger die Sache erst nimmt oder so in seine Gewalt bringt und dann zerstört, wird bekanntlich von viel auch Diebstahl angenommen.[1]) Wenn andre[2]) dagegen sagen, da es doch keinen Unterschied begründen könne, ob die Zerstöru unmittelbar erfolge oder ob der Thäter die Sache erst ergreife, u sie zu zerstören, so kann man — wie v. Bar l. c. S. 9 richtig beme — noch gründlicher dem gegenüber fragen, „wie denn wohl

[1]) So Ullmann a. a. O. S. 71; desgleichen Hälschner l. c. II. 1 S. 29 sub Ziff. 4 sowie die daselbst S. 300 Note 1 zitierten; Olshausen § 242 No. 3(Bachem, Unterschied zwischen d. furtum des röm. R. und d. dtsch. R.St.G.B. 1880 S.

[2]) Z. B. Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 650. — Vgl. Hälschner a. a. S. 300 oben: „Es erscheint allerdings widersinnig, wenn derjenige, der die Sache zers ohne sie vorher wegzunehmen, wegen Sachbeschädigung, derjenige, der sie wegnim um sie sofort zu zerstören, wegen Diebstahls gestraft wird, aber es ist dies eine Konsequ der nicht zu entgehen ist, sofern nicht auch im letzteren Falle die mangelnde Abs des Thäters, sich zu bereichern, den Diebstahl ausschliesst.“ — Mit Merkel ül einstimmend: v. Liszt, Lehrb. 1894: S. 397, 1896: S. 420 N. 14; Meyer, Le S. 554; Herbst, Goltd. Arch. 1882 S. 368; R.G.E. IV. v. 7. Juni 82 [Rechtspr. S. 537], I. v. 11. Febr. 84 [Entsch. XI. S. 239]; III. v. 12. Nov. 94 [XXVI. S. 2

Rechtsordnung dazu komme, Sachbeschädigung und Diebstahl so strenge von einander zu scheiden und erstere im allgemeinen so viel nachsichtiger zu strafen, wenn es ihr nur darum zu thun wäre, mit der Diebstahlsstrafe das Eigentum gegen Verletzungen ohne Rücksicht auf die Motive des Verletzers zu strafen: denn weit gründlicher wird doch das Eigentum durch Zerstörung der Sache als durch die blosse Wegnahme der Sache seitens des Diebes verletzt."[3])

Wenn irgendwo, so sollte es hier einleuchten, dass für den Gesetzgeber nur die Absicht, der Zweck, das Motiv des Thäters massgebend war für die verschiedene Behandlung von Sachbeschädigung und Diebstahl. Der ganze Unterschied zwischen den beiden Verbrechen liegt im subjektiven Thatbestand. Wenn auch das Gesetz in §§ 242 und 303 den objektiven Thatbestand so gefasst hat, dass man auf den ersten Blick meinen könnte, die Grenze zwischen beiden Delikten sei schon mit Rücksicht hierauf leicht zu ziehen, so wird man doch auf Berücksichtigung der Willensrichtung des Handelnden unbedingt verwiesen, sobald man in Betracht zieht, dass die Zueignungs- und Zerstörungshandlungen so mannigfaltiger Natur sein können und es daher in einem konkreten Fall unter Umständen wohl schwierig werden kann, die Frage, ob Zerstörungs- oder Zueignungshandlung, ob Sachbeschädigung oder Diebstahl anzunehmen sei, mit Sicherheit zu entscheiden.[4])

Es muss in dieser Frage der Ansicht Ullmanns l. c. S. 70—72 § 11 insoweit beigepflichtet werden, dass, falls die Wegnahme und der Akt der Zerstörung oder Beschädigung zeitlich auseinanderfallen, eine nicht unbegründete Vermutung dafür besteht, dass der Diebstahl als die in Zueignungsabsicht verübte Wegnahme bereits vollendet war und die nachfolgende Beschädigung oder Zerstörung der betr. Sache als rechtlich irrelevant nicht mehr bei der juristischen Beurteilung in Betracht zu kommen hat. Aber alle jene Fälle mit Ullmann deshalb schlechterdings unter den Diebstahlsparagraphen zu subsumieren, weil die Wegnahme angeblich „in der als Absicht, zu zerstören, näher bestimmten diebischen Absicht" (l. c. S. 71) erfolgte oder weil „das

---

[3]) Vgl. namentlich auch Hälschner I. S. 525.

[4]) Cf. Lauterburg l. c. S. 172: „. . . die Grenze zwischen strafbarer Zueignung und sonstiger verbrecherischer Vermögensentziehung, sowie zwischen jener und dem Gebiet der straflosen Zueignung oder Vermögensentziehung, kann im einzelnen Fall sehr zweifelhaft werden."

Verwerfliche der Gesinnung des Diebes" auch demjenigen nicht fehle, „der sich aus was immer für einem Motive einschleicht und die heimlich entzogene Sache zerstört" (l. c. S. 72), halte ich mit den meisten im Hinblick auf die Fassung der bezüglichen Strafbestimmungen und namentlich mit Rücksicht auf das Wesen des Diebstahls als eines Bereicherungsdelikts und der Sachbeschädigung, sowie den oben entwickelten Begriff der Zueignung bzw. der Zueignungsabsicht für bedenklich.[5][6]) Wenn Ullmann und Hälschner a. a. O. sagen, der Sachbeschädiger handle nach Wegnahme der Sache mit einer Willensbestimmung, welche der des Diebes vollkommen entspreche, so ist diese Auffassung nur auf den formalen Aneignungsbegriff zu gründen, dessen Haltlosigkeit wir bereits darzuthun versucht haben. Ausserdem hält ja bekanntlich Hälschner die blosse Wegnahme schon für Zueignung, und es folgt sonach der Akt der Beschädigung nach seiner Meinung thatsächlich der vollendeten Zueignung nach. Aber eine in Zerstörungsabsicht vorgenommene Wegnahme kann doch unmöglich als Wegnahme in der Absicht ökonomischer Zueignung betrachtet werden. Zueignen und Zerstören sind heterogene Begriffe; keiner ist im andern enthalten[7]); gemeinschaftlich ist ihnen nur, dass durch beide Handlungen fremdes Vermögen beschädigt werden kann[8]), und insoweit sind es strafrechtlich relevante Thatbestände.

Als Resultat ergibt sich, dass Diebstahl und Sachbeschädigung

---

[5]) Es ist also unrichtig, dass das Wegnehmen, das von andern Akten zeitlich getrennte Begründen eines eigenen Gewahrsams, den Diebstahl von der Sachbeschädigung unterscheide; gegen Ullmann l. c. und Hälschner II. l. c. (de lege lata) haben sich Merkel, v. Bar, Meyer, v. Hippel Diss. cit. S. 24 ff., 33 f. ausgesprochen.

[6]) Mit Ullmanns Ansicht ll. cc. scheint im Widerspruch zu stehen, was derselbe Autor a. a. O. S. 31 f. bezüglich des Unterschieds von Diebstahl und Sachbeschädigung zutreffend ausführt: „Bei der Sachbeschädigung und der unerlaubten Selbsthilfe liegt der Unterschied vom Diebstahl in der Absicht und nicht in der Thathandlung; denn in vielen Fällen der Sachbeschädigung, wo die Sache erst aus fremdem Gewahrsam entzogen werden muss, und immer findet in den einschlägigen Fällen unerlaubter Selbsthilfe eine der Wegnahme beim Diebstahl vollkommen gleiche physische Manipulation mit der Sache statt." „Bei der Sachbeschädigung will der Thäter nicht selbst über die Sache als Eigentümer verfügen, sondern aus irgend einem Motiv zerstört er die Sache . . ."

[7]) Vernichtung der Sache ist sowenig Aneignung als Gebrauch derselben: So die gemeine Meinung, u. a. Olshausen, Oppenhoff, Rüdorff, Merkel, Meyer, Liszt etc.

[8]) Notwendig ist das nicht; denn zerstören kann man selbstverständlich auch eigene Sachen und zueignen herrenlose Sachen, ohne fremde Vermögensinteressen zu verletzen oder zu gefährden.

sich in den Grenzfällen nicht durch den objektiven Thatbestand, durch die Handlung als solche unterscheiden, also nicht durch ein äusseres Faktum, sondern nur durch die Zueignungsabsicht, das innere Moment, das — wie auch Hippel a. a. O. S. 31 ff. mit Recht sehr betont — die Zueignung neben dem äussern enthält. Zueignungsabsicht aber — das dürfte klar sein — kann einzig und allein dadurch erkannt werden, dass man die Willensrichtung untersucht, welche die vom Thäter vorgesetzte bezw. beabsichtigte Verfügung über die Sache erkennen lässt. Damit ist das sichere Grenzmerkmal gegenüber dem Delikt der Sachbeschädigung gegeben, dem sich die Diebstahlsfälle, in denen die Sache weggenommen und zerstört wird, so ungemein nähern. Nur aus der der Handlung, dem Thun zu Grunde liegenden Willensrichtung lässt sich die Natur des Delikts feststellen[9]); der Wille, die Absicht, ist das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von Sachbeschädigung und Diebstahl.

Hippel a. a. O. S. 34 führt hierzu folgendes Beispiel an, das das Gesagte recht veranschaulicht: Wer eine Rakete wegnimmt und sie später abends zu seinem Vergnügen steigen lässt, verbraucht sie und hat sie sich infolgedessen angeeignet, bezw. der Thäter hat sie in der von § 242 geforderten Zueignungsabsicht weggenommen; wer sie am hellen Tage ansteckt, dem Eigentümer oder Besitzer etc. bloss zum Ärger, zerstört sie. Nur die der Handlung zu Grunde liegende Willensbestimmung ist entscheidend.

Wenn nun beim Diebstahl die Absicht des Thäters im Gegensatz zur Sachbeschädigung nicht darauf gerichtet ist, nur beschädigend in das fremde Vermögen einzugreifen, sondern wenn vielmehr die

---

[9]) Ähnlich neuerdings (auch) Hippel in seiner mehrfach zit. Diss. S. 33 f.: „Erscheint die Zerstörung als eine Eigentümerhandlung [dieser Ausdruck sagt allerdings wenig und ist nur aus der Eigentumsdeliktstheorie zu erklären], so ist nach § 242 zu strafen . . . [S. 34:] Erscheint die Zerstörung nicht als Eigentümerhandlung, so ist § 303 anzuwenden." „Welche Handlungen Eigentümerhandlungen sind, lässt sich generell nicht sagen: in jedem Fall ist der in der Zerstörung hervortretende Wille zu untersuchen; dieser allein kennzeichnet die deliktische Handlung als Diebstahl oder Sachbeschädigung." Damit übereinstimmend: Oppenhoff, 11. Ausg. 88 S. 557, N. 41 zu § 242: Zueignung, „wenn jemand die Sache zerstört zur Bethätigung des Willens, über die Sache als sein Eigentum zu verfügen". Ebenso Villnow, Raub und Erpressung, 1875 S. 17; Lueder, Vermögensbeschädigung S. 70; v. Egidy, Das Verbrechen des Diebstahls 1859 S. 22; R.G.Entsch. XI. S. 239; Rechtspr. IV. S. 537 [sämtliche bei Hippel l. c. S. 35 Note 60 zitiert]. Ferner die bereits S. 182 N. 2 und S. 184 N. 5 zit.

Wegnahme von dem Thäter in der Absicht geschieht, über die Substanz der Sache als Bestandteils seines ökonomischen, faktischen Vermögens, sei es auch durch Zerstörung derselben, zu verfügen, so wird man mit Sicherheit immer dann diebische Absicht annehmen, wenn der Wegnehmende durch Zerstörung (Verbrauch) der Sache diese ökonomischen Zwecken dienstbar macht[10]).

Besonders am Schlusse dieses Abschnittes wird es klar, wie das alte „In maleficiis voluntas spectatur" „ein gar richtiger und wichtiger Satz" ist.

Endlich ist es daher auch zutreffend und wird allgemein (ingleichen von Hippel l. c. S. 35) so befunden, wenn v. Bar auf den tief greifenden Unterschied hinweist, den die Verurteilung wegen Sachbeschädigung und Diebstahls in der Volksüberzeugung ausmacht; wer wegen Diebstahls oder eines andern Bereicherungsdelikts verurteilt ist, gilt ihr fortdauernd als unehrlich.

8. Vergleichung von Diebstahl etc., Betrug, Erpressung.

§ 48.

Ein weiteres Argument gegen die Eigentumsdeliktstheorie und für die Vermögensdeliktstheorie glaube ich mit Recht in einer Vergleichung von Diebstahl (Unterschlagung, Raub) einerseits und Betrug (Erpressung) andrerseits zu finden.

Der Betrug ist bekanntlich vom Gesetz (§ 263 St.G.B.) als Bereicherungsabsicht[1]) vorgenommene und durch Täuschung bestimmt

[10]) v. Hippel a. a. O. S. 36. Im Hinblick hierauf kommt derselbe auch dem Ergebnis seiner Dissertation, dass sog. Wasserdiebstahl — die Thatbestandsmerkmale des § 242 R.St.G.B. vorausgesetzt — stets nach § 242 zu beurteilen ist. Ob sein Resultat in allen Punkten zutrifft, habe ich an dieser Stelle nicht zu prüfen. [Cf. v. Hippel: Stenglein i. G.S. 52 S. 75 No. 6; Schenkel im Centralblatt X. 4. Heft (Jan. 96) S. 109 f.; Jur. Litt.-Bl. 1895 S. 140.]

[1]) Zum Vorsatz (d. h. über die gewinnsüchtige Absicht) bei Erpressung und Betrug: Binding, Normen II. § 70 S. 559 ff.; Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 772 § 9; Waag im Gerichtssaal Bd. 31 (1879) S. 241 ff. Über die Frage, ob die zum subjektiven Thatbestand des Betrugs erforderte Absicht etc. dadurch ausgeschlossen werde, dass festgestellt wird, der hauptsächliche Beweggrund im Handeln des Thäters sei nicht auf Bereicherung, sondern auf Wahrung der Berufsehre gerichtet gewesen: R.G.E. 13. Mai 1895, Entsch. XXVII. S. 217 ff. No. 81.

Art bewirkte Schädigung fremden Vermögens definiert[2]). Das Angriffs- oder Schutzobjekt ist hierbei ausdrücklich — als Definitionsobjekt — genannt und kann deshalb keinem Zweifel unterliegen. Der Begriff „Vermögensbeschädigung“ und die Absicht, sich etc. einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, deuten darauf hin, dass der Getäuschte über das fremde (i. e. nicht dem Betrüger gehörige) Vermögen im bezeichneten Sinn eine derartige Verfügung trifft, die einerseits eine Vermögensbeschädigung und andrerseits die (wenn auch nicht sofort eintretende) Schaffung eines Vermögensvorteils bewirkt. Derartige Dispositionen[3]) über das Vermögen sind: Die Übergabe einer zum wirtschaftlichen Vermögen gehörigen — beweglichen oder unbeweglichen — Sache, die Abtretung einer Forderung, der Verzicht auf einen Forderungsanspruch dem Täuschenden gegenüber, die Änderung bezw. Aufgabe thatsächlicher wirtschaftlicher Zustände und dgl. m. Alle Vermögensbestandteile können schliesslich als Objekte des Betrugs fungieren; regelmässig aber werden es hier körperliche oder unkörperliche (Forderungen, Ansprüche) Sachen sein.

Oppenheim a. a. O. S. 279 dagegen bezeichnet als Objekt des Betrugs nicht die Vermögenswerte, sondern die getäuschte Person und zwar mit folgender Motivierung: Der neben jener generellen Definition des Verbrechens als Schädigung fremden Vermögens durch Täuschung bestimmter Art zur Bezeichnung desselben verwendete Name „Betrug“ weise auf das Objekt hin; es sei diejenige Person, welche durch die falschen Vorspiegelungen etc. getäuscht worden sei. Diese Argumentation kann jedoch nicht stichhalten. Aus dem Namen „Betrug“ allein können wir nicht viel für die Entscheidung der Frage nach dem Handlungsobjekt entnehmen. Man sagt ja auch: eine Sache stehlen und: eine Person bestehlen, und trotzdem ist die „Sache“ (Handlungs-)Objekt des Diebstahls — und nur von einem andern Gesichtspunkt aus (cf. S. 34)

---

[2]) Vgl. von den bereits S. 59 N. 1 zitierten Werken namentlich Gerichtssaal, Bd. 40 (1887) S. 81 ff. (von M. Stenglein) [darüber v. Lilienthal in d. Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. VIII. (1888) S. 414 ff.], Bd. 43 (1890) S. 321 ff.: „Vermögensbeschädigung bei Betrug“ (Vorträge an die vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts), ibid. S. 470 f. — Der Betrug wird in der Geschichte des Strafrechts nicht immer als Vermögensdelikt behandelt. — Im russischen Str.G.B. (cf. Gebauer S. 93 ff.) ist der Betrug Entwendung mittels Täuschung.

[3]) Sie lassen sich zusammenfassen unter die beiden Begriffe „dare“ und „facere“. Über die Handlung des Getäuschten als Mittel der Vermögensbeschädigung s. u. a. Merkel bei Holtzd. III. S. 763 ff. § 7 f.

die bestohlene Person.[4])[5]) Ausserdem ist der Betrug im Gesetz — was an sich möglich war[6]) — nicht definiert als Täuschung einer Person in bestimmter Absicht und mit bestimmter Wirkung, sondern als Beschädigung fremden Vermögens durch das Mittel der Täuschung. Deshalb ist die Person, die allerdings Objekt der Täuschung ist, vom Standpunkt des Gesetzes aus nicht als Objekt des Betrugs zu betrachten.

Als weiteres Argument für seine Auffassung bringt Oppenheim a. a. O. den Umstand vor, dass der Getäuschte deswegen das Objekt des Verbrechens sei, weil die Handlung des Betrügers lediglich in der Täuschung des Betrogenen besteht, während ja die das Vermögen verringernde Disposition der Getäuschte selbst und nicht der Betrüger vornimmt. Dagegen lässt sich einwenden, dass nach dieser Auffassung der Betrug des R.Str.G.Bs. mit der Täuschung vollendet wäre und nicht erst nach der schädigenden Disposition des Getäuschten über das Vermögen; doch dies hat bis jetzt noch niemand ernstlich behauptet. Der Angriff auf das Schutzobjekt des Vermögens ist hier ein indirekter: Erst durch den Eintritt der Thatsache, dass der Getäuschte veranlasst durch den in ihm erregten Irrtum, die das Vermögen verringernde Verfügung vorgenommen hat, liegt das Verbrechen vollendet vor[7]). Täuschung und Vermögensbeschädigung müssen jedoch, wenn sie dem Betrüger zurechenbar sein sollen, in kausalem Zusammenhang stehen (cf. die bei Olshausen II. § 263 N. 38 ff. zit. Litteratur), und wenn dies der Fall, so ist es ganz irrelevant, ob der Thäter (Betrüger) die das Vermögen schädigende Handlung selbst vorgenommen oder durch einen Dritten, den er durch seine Irrtumserregung seinen Zwecken dienstbar gemacht, hat vornehmen lassen. Wird doch auch sonst der, welcher einen gutgläubigen Dritten durch Irrtumserregung zur Begehung einer strafbaren Handlung veranlasst oder hierzu durch vis absoluta oder compulsiva zwingt, als Selbstthäter (nicht als Anstifter!) bestraft, obwohl er in Wirklichkeit keine wesentliche Bedingung zum rechts-

[4]) Andrerseits deutet sicherlich der Name „Erpressung", „erpressen" u. s. w. nur auf den Vermögensvorteil, nicht auf die Person als Objekt (eine Person kann man in diesem Sinn nicht „erpressen") hin; trotzdem ist die betr. Person auch nach Oppenheim als Objekt bei der Erpressung des § 253 R.Str.G.B. zu betrachten.

[5]) Grössere Bedeutung ist daher der Frage nach dem Handlungsobjekt beim Betrug u. E. nicht beizumessen.

[6]) Vgl. in dieser Hinsicht Preuss. L.-R. II. T. 20. Tit. § 1256: Betrug ist „jede vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll."

[7]) Vgl. u. a. Merkel l. c. S. 773 ff. § 10.

widrigen Erfolg selbst gesetzt zu haben braucht. (Indirekte, mittelbare, fingierte, moralische Thäterschaft.) Da nämlich die Verletzung des Schutzobjekts beim Betrug dadurch zustandekommt, dass der Getäuschte durch die Irrtumserregung veranlasst wird, in gutem Glauben eine das Vermögen in seinem Wert verringernde Verfügung vorzunehmen, also sowohl Betrüger wie Betrogener handeln muss[8]), so liegt auch hier eine Art indirekter Thäterschaft vor; es handelt sich um einen Akt des in Irrtum Versetzten, ein Thun jedoch, welches dem Betrüger voll und ganz zuzurechnen ist.

Die sehr verschiedenen Objekte „im logischen Sinn" — wie sie Oppenheim nennt —, welche der Betrüger durch den Betrug vom Getäuschten erlangen kann, sind nach Oppenheim a. a. O. S. 280 vom Standpunkt des Gesetzes aus nicht das Objekt des Verbrechens, sondern „die Frucht des Verbrechens". „Gewiss will der Betrüger die Dinge, welche er durch den Betrug erlangt, haben, und gewiss sind sie ihm von seinem Standpunkt der Betrachtung aus das Objekt seiner Handlung, während ihm der Getäuschte nur ein Mittel ist. Aber das Gesetz steht auf einem andern Standpunkt der Betrachtung. Die Täuschung ist ihm das Wesentliche, und darum ist der Getäuschte das Objekt des Verbrechens."

Auch diese Ausführungen Oppenheims halte ich schon mit Rücksicht auf das oben Gesagte nicht für zutreffend. Die Täuschung ist vom Standpunkt des Gesetzes aus wohl insofern wesentlich, als kein Betrug ohne sie vorgenommen werden kann, ein Betrug ohne sie begrifflich unmöglich ist; sie ist aber nicht das Moment, welches zur Pönalisierung der Handlung des Betrügers im geltenden Recht geführt hat. Gibt es doch kein Strafgesetz, welches die Norm enthielte: Täuschung ist schlechterdings verboten! Gibt es doch ein Recht darauf, nicht getäuscht zu werden, jenes „Recht auf Wahrheit", welches die naturrechtliche Schule am Ende des vorigen Jahrhunderts mit Aufbietung vielen Scharfsinns zu konstruieren vergeblich versucht hat,

---

[8]) Ebenso werden, von der Erpressung abgesehen, auch bei der Ausbeutung Minderjähriger und dem Wucher zwei Handlungen verlangt: eine des Verbrechers und eine des Bewucherten etc. selbst. Die Handlung des ersteren besteht in der Einwirkung auf den letzteren, dass dieser zu Gunsten des Thäters die sein eigenes Vermögen verringernde Handlung vornimmt. Dieser Einwirkung auf den Minderjährigen etc. steht für den Fall, dass dieser selbst dem Thäter das Ausbeutungsgeschäft anträgt, die Annahme dieser Offerte gleich.

jenes Recht, das durch Betrug „verletzt“ werden könnte, das also Angriffs- oder Schutzobjekt wäre, in Wahrheit nicht![9]) Wohl aber sollen durch eine Reihe von Strafgesetzen, wozu eben auch § 263 gehört, die Schädigungen fremden Vermögens, nicht Wahrheitsverletzungen, Wahrheitsentstellungen, kriminalisiert werden[10]). Und sonach ist — wie bereits oben hervorgehoben — selbst vom Standpunkt des Gesetzes aus der Betrug nicht die Täuschung mit bestimmter nachfolgender Wirkung, sondern Vermögensbeschädigung durch das Mittel der Täuschung. Der Getäuschte ist daher — das dürfte zuzugeben sein — sowohl vom Standpunkt des Thäters, wie von dem des Gesetzes aus als Mittel zum Zweck der Verübung eines Betrugs zu betrachten, ebenso wie die täuschend Einwirkung auf das Vorstellungsvermögen und den Willen eines ander selbst nur Mittel zum Zweck, „Verübungsmittel“ ist. Es ist deswege auch gleichgiltig, ob der Getäuschte der Inhaber des Vermögens, de Schutzobjekts in concreto, m. a. W. ob der Getäuschte mit dem Ge schädigten identisch oder eine von diesem verschiedene Person ist.[11])[12])

In der hier vertretenen Bedeutung sprechen auch Merkel in Holtzd. Hdb. III. S. 764 und in Holtzd. R.L. I. S. 346 vom „Gegenstand des Verbrechens“, Olshausen II. § 263 N. 29 und 55b vom „Obje des Betrugs“, M. Stenglein im Gerichtssaal Bd. 43 S. 471 von „Betrugsgegenstand“.

---

[9]) Zu vermeiden hat man die Meinung, als sei der Betrug ein Formaldelikt u als komme für denselben das „Recht auf Wahrheit“ irgendwie in Betracht. Vielme fordert er zu seiner Vollendung notwendig einen Erfolg der Täuschungshandlung, ist a ein materielles Delikt in der neuern Bedeutung dieses Wortes. Aus gleichem Grund in § 263 (gegenüber dem § 253) die Willensfreiheit auch nicht sekundäres Schutzobje

[10]) Cf. Gerichtssaal a. a. O. Bd. 43 S. 347 ff. — Hälschner l. c. II. 1 S. 24 zu Note 1: „Strafrechtlich darf . . . die Wahrheitsentstellung überhaupt nur als Mi zur Begehung einer strafbaren Rechtsverletzung, niemals an sich selbst als eigentümlic Delikt in Betracht kommen.“ — Die Verbrechen des § 40 Patentges. v. 7. Apr. 18 erinnern insofern an den Betrug, als sie Handlungen enthalten, welche darin besteh dass Gegenstände, welche den Patentschutz nicht geniessen, mit einer täuschenden zeichnung versehen werden u. s. w., welche dieselben als unter Patentschutz steh erscheinen lassen.

[11]) Von der Judikatur heute durchweg anerkannt; cf. Doerr im Gerichtss. Bd. S. 55 N. 121 f.

[12]) Ebensowenig brauchen Geschädigter und Vergewaltigter bei der Erpress identisch zu sein; cf. Hälschner II. 1 S. 381 zu N. 2. Dagegen bei der A beutung Minderjähriger und dem Wucher ist Identität des Beschädigten (Verletzten) des Beeinflussten erforderlich. Auch für den Diebstahl ist nicht wesentlich, ob der le Besitzer (Detentor) mit dem Geschädigten identisch ist oder nicht.

Aus denselben Erwägungen halte ich auch die von Merkel, dem geistvollen Kenner und Bearbeiter der Lehre vom Betrug, in Holtzd. R.L. I. s. v. „Betrug" und in seinem Lehrbuch § 125 S. 328 gegebenen Definition des Betrugs: „Betrug ist die rechtswidrige Zueignung (sc. im weiteren Sinn; cf. oben S. 85 dsr. Abhndlg.) fremder Vermögenswerte ohne Entgelt mittels einer Täuschung"[13]) als unanfechtbar.[14])

Während § 263 R.Str.G.B. (gegenüber § 265) die stattgehabte Vermögensbeschädigung ausdrücklich verlangt, mögen Erwägungen bezüglich der Schwierigkeiten eines Beweises derselben in neuerer Zeit fremde Gesetzgebungen veranlasst haben, beim Betrug von dem Merkmal der effektiv eingetretenen Vermögensbeschädigung Abstand zu nehmen, ohne natürlich die Richtung des Delikts gegen das Vermögen hiermit zu leugnen. (Luxemburg. St.G.B. v. 1879 Art. 496, niederländ. v. 1881 Art. 326.) Auch die deutsche Gesetzgebung hat aus Gründen gleicher Art einzelne Fälle des Betrugs, welche früher allein nach § 263 Str.G.B. beurteilt worden sind, unter besondere Strafdrohungen gestellt: § 10 Nahrungsmittelges. v. 14. Mai 79 (Mot. des Entw. S. 19); Art. 249 No. 2 H.G.B. nach der Aktiennovelle v. 18. Juli 84. [Cf. Gerichtss. 43 S. 436 f. und oben S. 65 N. 4.]

Auch das Verbrechen des § 212 K.O. verlangt keine wirklich erfolgte Vermögensbeschädigung. Dieses (namentlich in Ziff. 2) würde, wenn es eine Beschädigung der Gläubiger zur Folge hat, alle zum Thatbestand des Betrugs erforderlichen Momente ergeben. Von dem Betrug des § 263 St.G.B. unterscheidet sich aber das hier bezeichnete Verbrechen dadurch, dass es mit der in der angegebenen Absicht verübten Geltendmachung der erdichteten Forderung vollendet ist[15]).

---

[13]) Vgl. oben S. 187 N. 2 a. E.: „Entwendung mittels Täuschung".

[14]) Vgl. Lauterburg l. c. S. 191. Wenn Lauterburg a. a. O. betonen zu müssen glaubt, dass das geltende deutsche Strafrecht im Betrug nicht die etwaige Entziehung einzelner rechtlich zustehenden (cf. S. 18 f., 60 f. dsr. Abhdlg.) Vermögensbestandteile beachtet, sondern die rechtswidr. Verschlechterung des ökonom. Wertergebnisses der gesamten Vermögenslage, so trifft das insofern zu, als z. B. die Entziehung eines Vermögensbestandteils gegen Äquivalent eine Vermögensbeschädigung nicht zur Folge hat. (S. oben S. 59 N. 3, 4 und unten S. 196.) Das berücksichtigt auch Merkel sehr wohl in seiner im Text angegebenen Definition des Betrugsbegriffs.

[15]) Cf. Hälschner II. 1 S. 420 zu N. 1.

§ 49.

In welchem Verhältnis steht der Betrug zu den übrigen Vermögensverbrechen?

Der Betrug umfasst im Gesetz nach. zwei verschiedenen Richtungen hin erweiterte Thatbestandserfordernisse, die bei Aburteilung eines Falles ausdrücklich festzustellen sind, im Vergleich einerseits zu der vom St.G.B. § 253 definierten Erpressung und zum Diebstahl andrerseits, indem der gesetzliche Thatbestand des Betrugs nach § 263 die Merkmale der vollendeten Vermögensbeschädigung und des erfolgreichen Missbrauchs des fremden Willens als des Mittels zu diesem Erfolg verlangt, was in dieser Weise bei keinem der anderen beiden Delikte der Fall ist.[1])

Beim Diebstahl des § 242 handelt es sich im gesetzlichen Thatbestand in objektiver Beziehung bloss um den Zueignungs- resp. Wegnahmeakt selbst, der eo ipso, so dass es also weder im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, noch im Prozess regelmässig positiv nachgewiesen zu werden braucht, die Vermögensbeschädigung herbeiführt. Rein äusserlich betrachtet, tritt die Besitzentziehung, der Wegnahmeakt, vor der Vermögensbeschädigung in den Vordergrund, mit der sie freilich notwendig zusammenfällt. Dagegen bei der juristischen Qualifikation hat der äussere Wegnahmeakt hinter die Vermögensbeschädigung zurückzutreten. Denn das ausschlaggebende Charakteristikum des Diebstahlsbegriffs ist nur scheinbar der begangene Eingriff in fremden Besitz.[2]) Das Rechtsgut, zu dessen Schutz § 242 in seinem Endzweck bestimmt ist, ist das Vermögen.[3])[4])

---

[1]) Dagegen auch beim Betrug ist ebenso wie beim Diebstahl „die Absicht des Thäters auf die widerrechtliche Aneignung der fremden Sache gerichtet, und nur die Thathandlung, das Mittel, jene Absicht zu verwirklichen, ist bei . . . den hier in Betracht kommenden Fällen des Betruges eine andere“: Ullmann S. 30 f. Vgl. oben S. 145 N. 5.

[2]) Ja nicht in das Besitz**recht**!

[3]) Kleinschrod, Abhdlgn. II. 8 sieht den Diebstahl — im Gegensatz zur Unterschlagung — als Verletzung des fremden Interdiktenbesitzes an. Andre [wie Martin, Lehrb. §§ 140, 141; Klein, Grundsätze § 427] erblicken das Wesen des Diebstahls in der Wegnahme einer Sache aus fremder Detention. Auch v. Liszt betont beim Diebstahl die Verletzung des Gewahrsams in erster Linie. Desgl. Bünger i. d. Zeitschr. VIII. S. 690: „Verletzung des geschützten öffentlichen Interesses an der Sicherheit des Eigentumsgewahrsams“. Nach Binding, Normen I. (2. Aufl.) S. 336, ist die Unterschlagung „Versuch, die Rückerlangung des juristischen Besitzes für den Eigentümer . . . zu hintertreiben“.

Die Erpressung hingegen besteht in einer in der Absicht, ich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu rschaffen", vorgenommenen Nötigung einer Person.[5]) Durch diese osicht stellt sich die Erpressung als ein gegen das Vermögen im rtschaftlichen Sinn gerichtetes Verbrechen dar[6]) und unterscheidet ch wesentlich insbesondre von der Selbsthilfe und insoweit auch n der Nötigung des § 240.[7])

Vollendet ist bei der Erpressung die strafbare Handlung bereits urch die — allerdings stets in gewinnsüchtiger Absicht erfolgende id daher das Delikt als Vermögensdelikt charakterisierende — Einirkung auf den fremden Willen; zur Vollendung gehört also nicht nmal eine Vermögensbeschädigung, geschweige denn ein bereits folgter Gewinn auf Seiten des Thäters.

Nach den Worten des Gesetzes erscheint als das prävalierende oment im Thatbestand der Erpressung der Umstand, dass Gewalt egen eine Person in bestimmter Absicht verübt wird. Ich kann es oer trotzdem nicht gutheissen, wenn man bloss auf Grund der Worte

---

[4]) Aus dem Gesagten folgt, dass, wenn der „Dieb" die f. Sache mit Einwilligung es Eigentümers bei einem dritten Besitzer weggenommen hätte, er keinen Diebstahl egangen haben würde (cf. u. a. Olshausen II. § 242 No. 32; wir werden unten . 209 darauf zurückkommen), sondern höchstens nur etwa aus § 289 St.R.Bs. gestraft rerden könnte.

[5]) Das Objekt des Verbrechens ist daher wie bei der Nötigung des § 240 die enötigte Person. Der Gegensatz zwischen Erpressung und Betrug in diesem Punkt ist us der vom R.St.G.B. gewählten eigentümlichen Definition der Erpressung gegenüber dem etrug, also namentlich daraus zu erklären, dass das Gesetz ausdrücklich als Erfordernis es Betrugs eine eingetretene Vermögensbeschädigung erwähnt, während dies Erfordernis ei der Erpressung fehlt. Hier hat das positive Recht die Strafbarkeit in einen früheren foment zurückverlegt und schon die Nötigung eines andern in bestimmter Absicht für strafbar rklärt. Die verschiedenen, durch die oder — besser gesagt — auf Grund der rpressung erlangten Dinge sind aus denselben Gründen nicht als Objekte des Verbrechens, ondern — um mit Oppenheims Worten zu reden — als Frucht des Verbrechens nzusehen. Ebenso sind bei dem Wucher und der Ausbeutung Minderjähriger (nach Ppenheim) die erlangten Vermögensvorteile, der Schuldschein, Wechsel u. s. w., die rodukte (nicht das Objekt) des Verbrechens, obgleich sie für den Thäter von seinem andpunkt der Betrachtung aus als Objekt seiner Handlung erscheinen.

[6]) Es ist daher unrichtig, wenn von Vertretern der Eigentumsdeliktstheorie (z. B. ebauer) behauptet wird, Erpressung sei nach deutschem Recht nicht immer Vermögenslikt, z. B. Erpressung zur Herausgabe einer Urkunde.

[7]) Cf. Motive z. Rev.-Entw. S. 126; Rüdorff § 253 N. 3; Olshausen 3 ff.; Oppenhoff N. 4 ff.; Binding, Normen II. § 70 S. 559 ff.; Merkel, oltzd. Hdb. III. S. 730 ff. § 10.

des § 253: „Wer . . . nötigt etc." vielfach behauptet, die Erpressung sei kein spezifisch vermögensrechtliches Delikt, wenn so z. B. D. Rimpau[8]) meint: „Die Erpressung hat in erster Linie weniger die Sicherung des Vermögens der Staatsbürger, dessen thatsächlich eingetretene Beschädigung für sie nicht ausschlaggebend ist, als vielmehr den Schutz jener gegen Beschränkung ihrer Willensfreiheit im Auge", wobei doch Rimpau zugeben muss, dass dieser Schutz „sich allerdings auf solche Angriffe gegen das gedachte Rechtsgut beschränkt, die in gewinnsüchtiger Absicht begangen sind, und die Abwehr anderer Vergehungen gegen jenes der Bestrafung durch andere Gesetzesvorschriften überlässt".

Diese Ansicht stützt sich zwar auf die Motive des Gesetzes. Aber Hälschner hat ganz recht, wenn er l. c. II. 1 S. 384 N. 1 sagt: „Die Motive z. II. Entw. § 248 bezeichnen ohne ausreichenden Grund als das Wesentliche der Erpressung die Nötigung, vor der sie die Vermögensbeschädigung und Erlangung des Vorteils als unwesentlich zurücktreten lassen. Sie gehen dabei aber von der ganz unrichtigen Ansicht aus, dass die Nötigung eine erfolglose sei, wenn dem Thäter später der erlangte Vorteil durch Civilklage oder Einrede wieder abgestritten wird. Der Vorteil ist verschafft und das Vermögen des andern beschädigt, wenn der Thäter die erpresste Schuldverschreibung erlangte, und dieser Erfolg kann zwar in seiner beschädigenden Wirkung durch Klage oder Einrede rückgängig gemacht, aber so wenig wie der vollendete Diebstahl durch freiwillige oder erzwungene Rückgabe der Sache als nicht geschehen aus der Welt geschafft werden." (Vgl. S. 79 f., 196 N. 3.)

Das Schutzobjekt der Freiheit der Willensbethätigung, welches hier verletzt wird, tritt — wie ich schon oben S. 25 kurz berührt habe und worauf ich in diesem Zusammenhang nochmals zurückkommen musste — in den Hintergrund neben dem Schutzobjekt des Vermögens, welches der Thäter zu schädigen beabsichtigt, weil er durch die Nötigung sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will. (Ebenso Oppenheim l. c.) Der Thäter sucht bei der Erpressung den Vermögensvorteil mittels rechtswidriger Beschädigung des Vermögens eines andern zu erlangen: Dem — mindestens beabsichtigten — Vermögensvorteil auf Seiten des Thäters entspricht die — wenn noch nicht eingetretene, so doch

[8]) In seiner Diss. Üb. d. Strafbark. des Betrugs nach geltend. R. beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten. Tübingen 1892. S. 12 f.

gewollte, d. h. seitens des Thäters gewollte, — Vermögensbeschädigung des andern. (Cf. Hälschner l. c. II. 1 S. 383 zu N. 1 f.) Da sohin die Absicht des Erpressers die ist, auf Kosten des Vermögens eines andern, der nicht notwendig der Genötigte zu sein braucht[9]), sich selbst oder einem andern einen pekuniären Vorteil, dessen er sich als eines rechtswidrigen bewusst ist, zuzuwenden und zwar mittels Anwendung von Gewalt oder Drohung, so ist — wie Hälschner l. c. S. 383 sub No. 3 nicht gerade unrichtig daraus folgert — der Erpressung „zwar die auf rechtswidrige Bereicherung gehende Absicht wesentlich, nicht aber das Motiv der Gewinnsucht".

So finden wir in der Erpressung das Analogon zu dem vorhin besprochenen Vergehen des Betrugs. Hier wie dort dient der Angriff auf das eine Angriffsobjekt — die Freiheit der Willensbestimmung — (nur) als Mittel zum Angriff auf das andre — das Vermögen; beide Angriffsobjekte kommen hier aber insofern zu ihrem Recht, als die Erpressung mit höherer Strafe belegt ist als einerseits die blosse Nötigung des § 240 und andrerseits die einfachen (nicht zusammengesetzten, wie Raub, Erpressung; s. darüber oben S. 23 ff.) Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen.

§ 50.

Wenn man — der Fall wird allerdings in der Praxis nicht oft vorkommen, aber für unsre Frage ist er sehr instruktiv, — einem Dritten eine völlig wertlose Sache abschwindelt, so hat der Thäter — das ist jedenfalls ganz unbestritten und unbestreitbar — keinen Betrug im Sinne des § 263 verübt. Warum? Weil er 1. ein fremdes Vermögen nicht beschädigt hat und weil er — wenigstens der Regel nach — 2. nicht in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen

---

[9]) Je nachdem die genötigte Person identisch ist mit dem Inhaber des Vermögens, aus welchem der Thäter einen Vorteil begehrt, oder nur rechtlich oder thatsächlich in der Lage ist, über jenes Vermögen zu verfügen, ist das Verhältnis zwischen dem Objekt und den beiden Schutzobjekten ein verschiedenes. Im ersten Fall ist das Objekt zugleich Träger des Schutzobjekts der Freiheit und Inhaber des Schutzobjekts des Vermögens; im zweiten Fall ist das Objekt lediglich Träger des Schutzobjekts der Freiheit, während das Schutzobjekt des Vermögens nicht seines, sondern das eines andern ist. Bei dem möglichen Fall der Verschiedenheit des Genötigten von der Person des Bedrohten (z. B. ein Kind wird mit einer Verletzung bedroht für den Fall, dass seine Mutter nicht eine bestimmte Summe gibt) ist ebenfalls der Genötigte das Objekt des Verbrechens, die bedrohte Person ist bloss Mittel. (Cf. Rüdorff N. 4.)

Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt hat. Hingegen das Wegnehmen einer wertlosen Sache in angeblicher Zueignungsabsicht soll — das ist nach der herrschenden Doktrin und Praxis ebenso klar — als Diebstahl angesehen und der Thäter als Dieb aus §§ 242 ff. gestraft werden können. Da erhebt sich aus der ratio legis die berechtigte Frage: Ist denn das Wegnehmen eine so viel gefährlichere etc. Handlungsweise als das Betrügen, dass man hier nur wertvolle Objekte verlangt, dort dagegen auch wertlose genügen lassen will? —

Im Falle des Abbetrügens einer Sache mit Überlassung eines vollen Äquivalents nimmt die herrschende und richtige Ansicht wegen des Mangels einer Vermögensbeschädigung und eines Vermögensvorteils[1]) keinen Betrug (im gleichen Falle des Abpressens keine Erpressung, sondern höchstens Nötigung nach § 240) an.[2]) Glücklicherweise hat seit 1887 auch das Reichsgericht (R.G.E. v. 20. April 1887, Entsch. XVI. S. 1 ff. und Rechtspr. IX. S. 252 f.; Entsch. d. vereinigten Strafsenate) die Theorie von der subjektiven Auffassung des Vermögensschadens verlassen, welche Theorie bekanntermassen schon dann einen Vermögensschaden annahm, wenn jemand vermöge falscher Vorspiegelungen ein Objekt erwarb, welches er nicht erworben hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre, gleichviel, ob das erworbene Objekt dem dafür bezahlten Wert entsprach oder nicht. (Cf. Gerichtssaal XL. Jahrg. 1888 S. 86.)

Wie verhält es sich dem gegenüber mit der Wegnahme einer Sache mit Hinterlegung des vollen Wertes derselben?[3]) — „Dass in solchem Falle Diebstahl anzunehmen sei, — sagt Hälschner a. a.

---

[1]) Gegen die herrschende Ansicht (auch des R.G.) mit Unrecht H. Meyer, Lehrb. S. 577: Nicht brauche die Absicht dahin zu gehen, das Vermögen im ganzen und in seinem pekuniären Ergebnis zu verbessern. Gewinnsüchtige Absicht liege also auch dann vor, wenn der Thäter dem Beschädigten zugleich einen Geldwert (Äquivalent) zuwendet, welcher den Wert des erstrebten Vorteils pekuniär aufwiegt etc. Derselbe Irrtum, den Meyer bei Begriffsbestimmung der „Vermögensbeschädigung" begeht; cf. oben S. 59 N. 4.

[2]) Cf. Oppenhoff § 263 N. 4, 16. — Denn „tantundem adest, quantum abest".

[3]) Der Aneignende muss — das wird natürlich vorausgesetzt — im Augenblick der Wegnahme resp. Zueignung den Wert oder gar mehr erlegen. Durch die nur beabsichtigte oder wirklich geschehene spätere Ersatzleistung kann die Thatsache, dass die rechtswidrige Wegnahme bezw. Zueignung erfolgt ist, nicht beseitigt werden. (Cf. Hälschner II. 1 S. 357.) Einer widerrechtlichen Handlung ex post den Charakter der Widerrechtlichkeit zu nehmen, vermag die Macht des Privatwillens nicht, ebenso wie der Diebstahl bestehen bleibt und der Thäter bestraft wird, selbst wenn der Bestohlene die Sache nicht mehr zurückhaben wollte, sich mit dem Dieb vielleicht auseinandergesetzt,

O. II. 1 S. 299 N. 1 — ist die herrschende[4]) und folgerichtige Auffassung unter der Voraussetzung, dass der Diebstahl die Absicht des Diebes, sich zu bereichern, nicht erfordert." Wer den Diebstahl als ein gegen das formale (Eigentums-) Recht gerichtetes Vergehen betrachtet, muss in konsequenter Befolgung dieses Grundsatzes das Erfordernis der Absicht unentgeltlicher Aneignung entschieden verwerfen. Denn nur wenn Vermögensbeschädigung durch unentgeltliche Aneignung erforderlich ist, dürfte jener Fall nicht als Diebstahl zu beurteilen sein. „Es bleibt aber — sagt Hälschner a. a. O. N. 1 weiter — ein Widerspruch, hier rechtswidrige Zueignung, darum Diebstahl, anzunehmen, während sie bei dem Wegnehmen der Sache, auf die der Thäter ein Recht hat, geleugnet wird. Wenn Ruhstrat zum Diebstahle eine materielle Rechtsverletzung fordert, die im letzteren Falle mangle[5]), so mangelt sie hier doch ebenso."[6]) Dass nämlich solche Fälle unerlaubter Selbsthilfe[7]) nicht als Diebstahl zuzurechnen sind, darüber ist man nach der gemeinen

---

ihm verziehen hat und dgl. (Öffentlicher Charakter des Strafrechts!) Das strafbare Unrecht bleibt bestehen, auch wenn das civilrechtliche getilgt sein sollte: Hälschner I. S. 88.

[4]) So Binding, Normen II. S. 540; Berner, Lehrb. 16. Aufl. 91 S. 539; Meyer, 4. Aufl. 88: § 86 No. 5, 5. Aufl. 95: S. 554; v. Liszt 1894: § 127 V. S. 396, 1896: § 125 V. S. 419; Merkel bei Holtzd. III. S. 660; Schütze § 91 S. 430 Note 9; Olshausen § 242 N. 35; Oppenhoff ib. N. 45; Schwarze Nr. 14; Ullmann S. 86; Gebauer l. c. S. 73 ff., 89; Ziebarth, Forstrecht S. 372; Herbst im Goltd. Arch. XXX. 1882 S. 375; Lehr l. c. S. 17; Ruhstrat i. d. Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. I. S. 389 f.; Birkmeyer; Maschke, D. Eigentum in Civil- und Strafr. 1895 S. 200. — A. M.: Hälschner l. c. II. 1 S. 299 f. (s. auch S. 293 ff.); Dickel l. c. S. 55 f. § 22; v. Bar in Bödikers Mag. IV. S. 5 N. 1, S. 16; John l. c. S. 260; Schwarze § 242 No. 16; Motive z. Entw. Auf letzterem Standpunkt stehen de lege ferenda auch: Binding, Merkel, Lammasch (Diebst. und Beleidigung 1893 S. 14 f., 34 ff.: Der freiwillige Schadensersatz als Strafaufhebungsgrund bei Diebstahl etc.), Stooss (Grundzüge des schweiz. Strafr. I. 1892).

[5]) Ruhstrat l. c. S. 385 geht davon aus, § 242 fordere eine über die bloss formal rechtswidrige Aneignung hinausgehende, gegen das materielle Recht verstossende Absicht rechtswidriger Zueignung.

[6]) „Das Argument, dass solche Handlungen [sc. Wegnahme gegen Äquivalent] doch nicht erlaubt sein können, beweist für die Annahme eines Diebstahls lediglich nichts. Für den Berechtigten ist doch durch die civilrechtliche Vindikation u. s. w. ziemlich ausgiebig gesorgt, und gefahrdrohend für die allgemeine Rechtssicherheit sind dergleichen Fälle gewiss nicht." v. Bar S. 5 N. 1. Vom „Nichterlaubtsein" bis zur Strafbarkeit ist ein grosser Schritt! Die Frage der Strafwürdigkeit bleibt ausser Betracht.

[7]) Es handelt sich hier um aggressive Selbsthilfe im Gegensatz zur defensiven Selbsthilfe = Notwehr. Cf. H. Bücking, Üb. d. strafrechtl. Bedeutung d. Selbsthilfe. Gött. Diss. Stuttg. 1892.

Meinung einverstanden[8]); nur bezüglich der Begründung dieser An sicht gehen die einzelnen Schriftsteller auseinander.[9])[10]) Ullmann a a. O. S. 68 führt z. B. u. a. aus: Es sei die unerlaubte Selbsthilfe wenngleich zunächst auf ein Objekt des Privateigentums gerichtet, doch ihrem Wesen nach ein Eingriff in die öffentliche Ordnung selbs Diese sei das eigentliche Objekt des Delikts, welches die unerlaubt Selbsthilfe genannt werde. Freilich müsse der Thäter hier von de Überzeugung durchdrungen sein (kann diese Überzeugung im Prozes bewiesen werden?), dass er nicht das betreffende Privatrecht in materi sondern nur der Form nach verletze[11]). Aber sind denn, abgesehe von der Selbsthilfe, andre strafbare Delikte, wie Diebstahl etc., nich auch in gewissem Sinne Eingriffe in die öffentliche Ordnung? Verlang nicht gerade die herrschende Meinung zum Diebstahl bloss formelle Rechts verletzung? — Ferner bemerkt hierzu v. Bar in Bödikers Magazin a. a. O IV. S. 8 Note 1 m. E. nicht unrichtig: „Das Argument (Ullmann etc. S. 68) derjenige, der Selbsthilfe ausübe, verletze das Privatrecht des andern nu der Form, nicht der Materie nach, bedeutet auch nichts andres, als es werde zwar das Eigentumsrecht an der einzelnen Sache, nicht abe das Vermögen in seinem Gesamtwert beeinträchtigt oder m. a. W., es werde auf der einen Seite kein Gewinn gezogen und auf der andern

---

[8]) Cf. Hälschner l. c. S. 296 f. und die dort zit. Litt. — Über den ander Fall der Wegnahme einer Sache zur Sicherung bzw. Befriedigung einer Forderun s. Hälschner l. c. S. 297 ff. und die dort aufgeführte Litteratur. Neuestens: Wirth Ist Wegnahme einer fr. Sache, um sich f. eine Forderung zu befriedigen, Diebstahl Diss. 1895 [bereits zit.], welcher im Einklang mit der herrschenden Ansicht und der de R.Gs. (Entsch. XXV. S. 172 gegenüber II. 184) hier Diebst. annimmt. Warum sollt aber dieser Sachverhalt anders beurteilt werden wie die übrigen Fälle der Selbsthilfe?

[9]) Hälschner S. 297: „Die Voraussetzung, unter der allein es zu rechtfertige ist, den Thatbestand des Diebstahls (sc. im Falle eigenmächtiger Wegnahme, um Selbst hilfe zu üben,) als ausgeschlossen zu betrachten, ist aber die, dass der Diebstahl nich bloss Verletzung des Eigentumsrechtes, sondern auch eine Vermögensbeschädigung forder die dadurch verübt wird, dass der Dieb die Sache unentgeltlich in sein Vermögen bringt." Im Grunde genommen sagen Ullmann l. c. S. 68 und Ruhstrat l. c. S. 389 f auch nichts wesentlich andres, wenn auch sich Hälschner a. a. O. S. 296 unten gege sie wendet; vgl. jedoch das. S. 297 Note 2. — Ferner fordert John a. a. O S. 267 Vermögensbeschädigung.

[10]) Von Civilisten ist zum Vergleich heranzuziehen: Dernburg, Pand. I. (4. Aufl 94) § 125 S. 298 N. 13: „Eine »diebische« Absicht muss vorhanden sein, wenn ei Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthilfe beabsichtigt, hat sie nicht."

[11]) Ebenso l. c. S. 37 N. 81, bei der unerlaubten Selbsthilfe liege zwar ein Eingrif in fremde Vermögensrechte, jedoch nur formeller Art, vor; S. 77 (cf. oben S. 102 N. 14)

kein Nachteil zugefügt. Auf dasselbe kommt es offenbar hinaus, wenn (das. S. 69) der Selbsthilfe die Eigenschaft als eines meritorischen [d. h. gewinnsüchtigen] Eingriffs in fremde Eigentumsrechte (?) [l. fr. Vermögen!] abgesprochen wird."[12]) [In demselben Sinne sprechen Ullmann l. c. und nach ihm Ruhstrat l. c. von „materieller Verletzung fremder Eigentumsrechte" und „realem Eingriff in die Vermögensrechte".] Der Mangel eines „meritorischen" Eingriffs in die fremde Vermögenssphäre also ist der Faktor, welcher die Selbsthilfe sich vom Diebstahl abheben lässt; der gleiche Mangel ist es aber auch, welcher die Wegnahme mit Hinterlegung des Äquivalents von Fällen des Diebstahls und andrer Vermögensverbrechen wesentlich unterscheidet. Darum hat Hälschner recht, a. a. O. S. 298 N. 5 der herrschenden Ansicht den Vorwurf zu machen: „Man kann nicht wie Berner ... es billigen und rechtfertigen, dass die Bereicherungsabsicht vom Thatbestand des Diebstahls ausgeschlossen werde, und es zugleich als Verirrung bezeichnen, dass Diebstahl und Selbsthilfe verwechselt wird (l. werden). Ullmann a. a. O. S. 68 behauptet wunderlicherweise, dass hier die Absicht, den Eigentümer um die Sache selbst zu bringen, mangle, während eben diese Absicht vorausgesetzt wird und nur die Absicht, ihn um den Wert der Sache zu bringen, mangelt." „Der Beurteilung und Bestrafung als Diebstahl würde er (scil. der Akt der Selbsthilfe) nur entgehen können, wenn der Thatbestand des Diebstahls die Absicht des Diebes, das Vermögen des Eigentümers zu beschädigen und sich zu bereichern, erforderte."[13])[14]) Unter den gleichen Voraussetzungen wäre

---

[12]) Ebenso Hälschner S. 297 N. 2: Unter der von Ullmann l. c. und Ruhstrat (Zeitschr. I. S. 389 f.) geforderten materiellen Rechtsverletzung kann nur eine Vermögensbeschädigung gemeint sein und dann zum Unterschied von andern Vermögensbeschädigungen eine solche, die durch unentgeltliche Aneignung und Gewinnung der Sache verübt wird. Cf. Hälschner S. 303. Ferner Wirth l. c. S. 39 f.

[13]) Hälschner S. 299 oben; ebenso Merkel, S. 658 f. § 19 und S. 661 f. § 20.

[14]) Wer die von ihm gekaufte Sache eigenmächtig gegen den Willen des verkaufenden Eigentümers sich aneignet, kann nach konsequent durchgeführter herrschender Ansicht, selbst wenn er den Kaufpreis schon berichtigt hat, im Gebiet des gemeinen Rechts, wo zum Eigentumsübergang noch Tradition erforderlich ist, die hier in concreto nicht stattgefunden, von der Diebstahlsstrafe grundsätzlich (wenn man nicht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen erachtet) nicht befreit werden. Anders nach französ. Recht, wo Eigentum bereits übergegangen und infolgedessen Diebstahl unmöglich wäre. Über den Fall eines Diebstahls seitens des Käufers an der gekauften Sache vor der Übergabe: Goltd. Archiv XIII. S. 335 f. [Schaper in Holtzd. Hdb. II. S. 210 Note 5].

-- wie gesagt — auch die Wegnahme mit Hinterlassung des volle Wertes nicht als Diebstahl zu qualifizieren. Wenn nun die herrschend Meinung im letztern Fall Diebstahl annimmt, im ersteren dagegen regel mässig ausschliesst, so ist das eine Inkonsequenz, für die ich nur ein Erklärung finde.

Die Fälle unerlaubter Selbsthilfe sind in der Praxis so häufi dass es schlechterdings unmöglich erscheint, jeden einzelnen zur Al urteilung kommenden Fall im Einklang mit einer formalistischen Begriffs logik, aber im Widerspruch mit jedem gesunden Rechtsgefühl al Diebstahl zu charakterisieren. Die Praxis hätte sich so oftmals in Lichte oder vielmehr im Dunkel jener verrufenen Begriffsjurisprudenz bewegen müssen, welche das Recht zum Unrecht zu machen verma („summum ius summa iniuria"), sie hätte oft den Widerspruch dere herausfordern müssen, denen das Recht noch „ars boni et aequi" is oder wenigstens sein soll; die rechtsprechenden Richter hätten selbs ihr natürliches Billigkeits- und Rechtsgefühl jenem Schreckgespens abstrackter Logik opfern müssen: Darum hat man mit Recht die Fäll unerlaubter Selbsthilfe vom Diebstahl eximiert, und wo einmal de gute Wille vorhanden ist, lassen sich einige Gründe hierfür ja imme leicht finden[15]. — Anders bei der Wegnahme gegen Äquivalent: Diese Fall wird nie oder ungefähr niemals zur Aburteilung praktisc werden[16]. Darum hat man bis jetzt in der Praxis noch nicht Gelegen heit gehabt, die Unmöglichkeit der Subsumtion eines solchen Fal unter den Diebstahls- oder einen ähnlichen Paragraphen darzuthun und die Theorie, die sich um die Billigkeit der von ihr gefundene Resultate wenig kümmert, behandelt den genannten Fall — im Ein klang mit einer formalen Begriffslogik, aber im Gegensatz zu der offen baren ratio legis — als Diebstahl etc. Würde die Rechtsprechun Gelegenheit haben, diese Ansicht der Doktrin in die Praxis umzusetzen

---

[15]) Dazu kommt, dass das Privatrecht mancherorts die Befugnis einräumt, sich zur Ve wirklichung rechtlicher Ansprüche auf dem Weg der Selbsthilfe fremde Vermögensgegenstän zuzueignen. Cf. Windscheid Pand. I. § 123, Dernburg l. c. § 125, Bürgerl. G.B. § 229

[16]) Als Schulbeispiel wird besonders oft aufgeführt: Ein Kunstliebhaber eignet sic die Sache gegen Zahlung des Kaufpreises oder von mehr an. (Vgl. Schütze S. 430 N. 9 Ein Wirtsgast zapft sich in Abwesenheit des Wirtes Bier etc. und legt hierfür den volle Kaufpreis in dessen Kasse. [Derartige sog. Naturalkäufe sind — wie ich höre — Schweden, Norwegen etc. häufig. Vgl. den modernen Kauf aus Automaten! F. Günthe D. Automatenrecht. Diss. Göttgn. 1892.]

ein Sturm der Entrüstung bräche los; solange der Frage aber bloss doktrinäre Bedeutung zukommt, ist die Entscheidung jedenfalls — ungefährlich. Möge aber Theorie und Praxis, wie sie sich beim Betrug zur objektiven Auffassung der Vermögensbeschädigung bekehrten, auch hier beim Diebstahl die richtigen Wege finden! —

Es hat deshalb guten Grund, wenn ausser Hälschner dessen Schüler Dickel a. a. O. S. 55 f. § 22 in diesem Punkte den Standpunkt der Vermögensdeliktstheorie energisch vertritt und dafür hält, dass der Dieb die Absicht haben muss, die Sache sich unentgeltlich zu verschaffen, sich auf fremde Kosten zu bereichern[17]. Die blosse Verletzung des Eigentumsrechts genügt nicht. Die als Motiv verhasste gewinnsüchtige Absicht wird ja dadurch gar nicht in den Thatbestand hereingebracht, von der unentgeltlichen Zueignung darf (nach Dickel a. a. O. S. 56) nicht auf die Gewinnsucht geschlossen werden, wohl aber umgekehrt. Denn wer z. B. eine fremde Sache einem andern wegnimmt, um dieselbe dem Berechtigten unentgeltlich zu entziehen und einem Hilfsbedürftigen zuzuwenden (Crispinismus), hat sich gewiss vom Motiv der Habsucht nicht leiten lassen, eignet sich aber wohl die Sache unentgeltlich zu und begeht damit Diebstahl und dgl.[18].

Die Absicht, sich durch unentgeltliche Zueignung zu bereichern, — sagt Hälschner l. c. S. 294 f. — ist zu allen Zeiten und bis heute als das charakteristische, die eigentümliche sittliche Würdigung des Diebstahls bedingende Moment seines Thatbestands betrachtet worden, wenn man auch, in unklarer Auffassung darüber hinausgehend, nicht nur diese formale auf Bereicherung gehende Absicht, sondern das Motiv der Gewinnsucht forderte. Der Verzicht auf dieses Thatbestandsmerkmal führt aber dahin, dass der Diebstahl im Widerspruch zur Anschauung und Auffassung des Volkes wie der Juristen, zum Recht und zur bisherigen Gesetzgebung als eine strafrechtliche Kategorie erscheint, welche durchaus heterogene Delikte umfasst[19].

---

[17]) Cf. Dickel S. 60 oben: Es ergibt sich, „dass es nicht nur de lege ferenda (so insbesondre Merkel bei Holtzd. III. S. 661 ff. § 20 [cf. l. c. S. 632 N. 3; S. 120 N. 14 dsr. Abhdlg.], der vom philosophischen Standpunkt mit der Vermögensdeliktstheorie übereinstimmt) der einzig richtige Standpunkt ist, unentgeltliche Zueignung für den Thatbestand des Diebstahls zu verlangen, sondern dass dieses Erfordernis auch schon de lege lata vorhanden ist."

[18]) Cf. Dickel S. 55 § 21 a. E.: „Für den Thatbestand des Diebstahls ist dies heute allgemein anerkannt, es kommt nur auf die formale Absicht des Thäters an, jegliche Berücksichtigung des Motives wie Zweckes ist ausgeschlossen."

Die gleiche Möglichkeit der Hinterlegung des Werts ist theoretis auch bei der Sachbeschädigung denkbar. „Wenn man auch — sagt hierzu Lueder a. a. O. S. 86 oben — in dem Falle, wo der Wert der en wendeten Sache deponiert wird, keinen Diebstahl annehmen will, we in diesem Falle die ganze Grundlage des Diebstahls, der animus luc faciendi, hinwegfällt, so kann dieses Argument auf den Fall gleich zeitigen Deponierens des Schadenbetrags bei einer Vermögensbeschä digung doch nicht angewandt werden, weil hier der animus luci faciendi überhaupt nicht in Frage kommt. Der Vermögensbeschädigung Grundlage ist vielmehr der unberechtigte Eingriff in fremdes Ver mögen schlechthin . . ., — und diese bleibt trotz der geschehenen Deponierung bestehen oder kann doch bestehen bleiben." Die gemeine Meinung hält demgemäss die Strafbarkeit bei gleichzeitiger Leistung vollen Ersatzes nicht für ausgeschlossen.[20]) — Aber auch hier ha m. E. der Grundsatz zu gelten: Wo keine Vermögensbeschädigung, da keine Strafe wegen einer solchen. Wird doch in den angedeutete Fällen selbst der civilrechtl. Anspruch zessieren! —

Wie will man ferner rechtfertigen, dass, wenn z. B. A 20 M gestohlen und B einem Dritten 20 M. abbetrogen, die herrschend Ansicht im ersteren Fall sagt, A habe fremdes Eigentumsrecht ve letzt, und im zweiten Fall, B habe das Vermögen des Dritten be schädigt? Der Fall liegt doch offenbar beidemal in der Wirkung ga gleich; nur die Art der Begehung, das Mittel der Verübung ist ve schieden: A hat weggenommen oder gestohlen, B abgeschwindelt od betrogen. In beiden Fällen ist das Vermögen eines andern beschädig ungeachtet beidemal der Geschädigte das Recht behält, von dem B schädiger Schadensersatz zu fordern. Aus diesen Erwägungen[21]) hal ich es für unzulässig, den Diebstahl etc. als Eigentumsdelikt schlech

---

[19]) Cf. a. a. O. S. 295 und dortselbst N. 2: Folgerichtiger würde es wohl se die Fälle entgeltlicher Zueignung vom Diebstahl auszuscheiden. Vgl. Merk l. c. S. 661 ff. § 20 cit. Die Ausführungen Merkels l. c. S. 662 f. werden auch v Hälschner S. 303 f. N. 3 i. f. mit Recht als „treffende" bezeichnet.

[20]) So ausser Lueder: Oppenhoff § 303 N. 11; Hälschner; v. Liszt u. a.

[21]) Auch Ullmann legt heute hierauf mit Recht grosses Gewicht, während i bei andern Schriftstellern derartige Erwägungen kaum berührt fand. — Es ist gew keine Begründung, wenn seitens der gegnerischen Meinung hie und da geltend gemacht wi es sei Zufall, dass der Bestohlene in genanntem Fall auch in seinem Vermögen geschäd ist; diese Vermögensbeschädigung in concreto sei kein Essentiale, sondern ein Accident des Diebstahls. Denn was man nicht erklären kann, sieht man just als „Zufall" an!

hin zu bezeichnen, während man den Betrug etc. als Vermögensdelikt ansieht; vielmehr sind beide Vermögensdelikte. Der Betrug kommt — wie Hälschner a. a. O. II. 1 S. 248 ganz richtig bemerkt, wenn schon er im übrigen viel von unsrer Ansicht abweicht, — mit dem Diebstahl, der Unterschlagung, Sachbeschädigung darin überein, wie diese Delikte in einer rechtswidrigen Beschädigung des fremden Vermögens zu bestehen, und unterscheidet sich von ihnen nur durch die Form der Begehung. — Recht befremdend klingt es jedoch wiederum, wenn Hälschner an der gleichen Stelle (a. a. O. S. 249) in einem gewissen Gegensatz zu der obigen Meinung ausführt: „Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes ist bei dem Betruge das Vermögensrecht (!) in allen seinen Formen, und wenn der Betrug in diesem Momente seines Thatbestandes mit dem Verbrechen der Erpressung übereinkommt, so unterscheidet er sich durch dasselbe von den andern gegen das Vermögen gerichteten Delikten, welche Verletzung des Eigentumsrechtes voraussetzen.“ (Also doch!) — Da entsteht denn sowohl Hälschner als den andern Vertretern der Eigentumsdeliktstheorie gegenüber die Frage: Ist nicht auch jener, dem die 20 M. abgeschwindelt wurden, ebensosehr bzw. ebensowenig an seinem Eigentumsrecht verletzt wie der Bestohlene, Beraubte und dgl.

Beim Betrug soll es sich nach der eben zitierten Bemerkung Hälschners um Verletzung des Vermögensrechts handeln, so dass jede Beschädigung oder Entziehung von Vermögenswerten, an denen dem Benachteiligten kein Recht zusteht, vom Thatbestand des Betrugs ausgeschlossen sei.[22]) Der gleichen Meinung sind auch andre Schriftsteller in grosser Zahl.[23]) Ich habe mich hierüber bereits S. 56 ausgesprochen. Jene Ansicht beruht auf der Verkennung des strafrechtlich gewährleisteten Vermögens.

Insbesondere Raub und Erpressung.

§ 51.

Nach der herrschenden Theorie wäre es schlechterdings unverständlich, wie der Gesetzgeber zwei so grundverschiedene Delikte, Raub und Erpressung, im 20. Abschnitt habe zusammenstellen können, von denen das erstere das Eigentumsrecht und den Gewahrsam, das

[22]) Cf. Hälschner l. c. S. 256 und Note 1 daselbst, sowie S. 257 und N. 1.

[23]) So u. a. die bei Hälschner l. c. zit.: Escher, Temme, Köstlin, Merkel.

andre das Vermögen verletzen solle. Denn dass die Erpressung si
gegen das Vermögen richtet, ist ebenso wie beim Betrug unbestritt
Würde für den Gesetzgeber die Anwendung von Gewalt etc. seite
des Verbrechers der massgebende Faktor gewesen sein, so hätte
die beiden Verbrechen sicherlich im 18. Abschnitt eingereiht[1]. E
bleibt sonach kein andrer Ausweg der Erklärung übrig, als die Zusammen
stellung beider in einem Abschnitt für sinnlos zu erachten oder ein
engere Verwandtschaft derselben darin zu erblicken, dass das Angriffs
objekt bei Raub und Erpressung das gleiche ist, nämlich das Vermögen
In diesem letzteren Sinne sprechen sich denn auch die Motive de
Rev. Entwurfs S. 126 [abgedruckt bei Schwarze, Komm. zu § 253
und Rüdorff § 253 N. 2] für unsre Ansicht aus, wenn sie sagen
„Der Entwurf hat ebenso wie das Preuss. Str.G.B. und die meisten de
übrigen deutschen Strafgesetzbücher die Erpressung mit dem Raub
in demselben Abschnitte behandelt. Denn es ist auch bei der Erpressun
ein Verbrechen gegen das Vermögensrecht in Frage, welches durc
einen unmittelbaren Zwang gegen die Willensfreiheit einer Perso
begangen wird. Die Erpressung setzt hierbei ebenso wie der Rau
[bei diesem bildet der rechtswidr. Vermögensvorteil die stillschweigend
und natürliche Voraussetzung] einen Vermögensvorteil voraus, a
welchen der Thäter kein Recht hat, und unterscheidet sich dadurc
insbesondere auch von der Selbsthilfe und insoweit auch von d
Nötigung (§ 235 [nunmehr § 240]). Andererseits ist die Erpressur
keineswegs, wie der Raub, auf die rechtswidrige Aneignung einer [e
fremden] körperlichen Sache beschränkt,[2] sondern es besteht das Wes
der Erpressung darin, dass sie den Bedrohten zu einer Handlung, Du
dung oder Unterlassung nötigt, durch welche der Thäter den beabsic
tigten Vermögensvorteil erwerben will, so dass die Vollendung des Ve
brechens in dieser Handlung etc. sich erfüllt, auch wenn späterhin d
durch sie erwartete Vorteil nicht erlangt wird . . ."

Auch aus andern Erwägungen lässt sich eine enge Beziehu
zwischen beiden Delikten des Raubes und der Erpressung leicht nac
weisen.

---

[1]) Wie es ja heute noch manchmal in der Theorie geschieht, z. B. von Hein
der die beiden Delikte den Verbrechen gegen die Willensfreiheit der Person beizäh
S. oben S. 42 N. 1.

[2]) Dadurch unterscheidet sich die Erpressung vom Raub, mit dem sie sonst so
viel gemein hat.

Die gesetzliche Unterscheidung von Raub und Erpressung als zwei verschiedenen Delikten findet ihre Erklärung nur in der historischen Entwicklung, während es — wie Hälschner a. a. O. II. 1 S. 365 sagt — an sich sehr wohl möglich und sachgemässer sein würde, beide Delikte nur als verschiedene Begehungsformen des einen und selbigen, der rechtswidrigen Abnötigung eines Vermögensvorteils zusammenzufassen.

Da — wie gesagt — der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Thatbestand der Erpressung auf die rechtswidrige Wegnahme bezw. Aneignung (Entziehung) einer fremden Sache aus dem Vermögen eines andern zu beschränken, so kann im einzelnen Fall selbst bei einer Abnötigung der eigenen Sache sowie bei der in einer nicht [denn sonst würde Raub gegeben sein] auf Zueignung[3]), sondern anderweitigen Vermögensvorteil gerichteten Absicht verübten, gewaltsamen etc. Entziehung der fremden Sache in Frage kommen, ob derartige Handlungen — was immerhin möglich ist — sich als Erpressung darstellen[4]).

9. Die Person des Verletzten bei den Vermögensdelikten[1]).

§ 52.

Einen weiteren Beitrag zur richtigen Lösung unsrer Frage bildet die Erörterung über die Person des Antragsberechtigten in den hierher gehörenden, Angriffe auf Vermögensinteressen enthaltenden Fällen. Diese Antragsfälle im R.St.G.B. sind: §§ 247, 263 (Diebstahl, Unterschlagung, Betrug gegen Angehörige), 288, 289, 292, 293, 299, 300—303 (Fälle „strafbaren Eigennutzes" und Sachbeschädigung), 370 Ziff. 6 und 6 (Genussmittel- und Futterdiebstahl). Dazu kämen einzelne Fälle in den Nebengesetzen, die ich, um das Thema nicht unnötig auszudehnen, hier des weiteren nicht bespreche. — Wir sehen, das Antragserfordernis hat bei den strafbaren auf vermögensrechtliche Interessen gerichteten Angriffen grosse Verwendung gefunden; als Grund hierzu dürfte der Umstand gelten, auf den wir schon hingewiesen, dass der Schutz vermögensrechtlicher Interessen in erster Reihe

---

³) Die Definition der Erpressung, wonach diese „jeden mittels Zwangs gegen die Freiheit verübten, nicht räuberischen Angriff auf das Vermögen" umfasst (so Hälschner l. c. S. 381 sub 2), dürfte doch zu unbestimmt sein.

⁴) Die Möglichkeit wird allgemein zugegeben; so ausdrücklich von Hälschner l. c.

¹) Cf. S. 94 N. 9.

Aufgabe des Privatrechts ist und das Strafrecht nur subsidiär in gewissen Fällen von Vermögensverletzungen oder -Gefährdungen neben dem Civilrecht einschreitet. (Vgl. oben § 34 S. 127 ff.) — Die Frage nach der Person des Antragsberechtigten ist identisch mit der weiteren, gleichfalls hier anzuziehenden Frage nach der Person dessen, der nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria" oder vielmehr — wie Ulpian in l. 1 § 5 D. de iniur. 47,10 sagt — „nulla iniuria est, quae in volentem fiat" (welcher Grundsatz nicht bloss im Privatrecht, sondern ebenso im Strafrecht, speziell für das Gebiet der Vermögensdelikte, gilt) durch seine Einwilligung in die sonst als Verbrechen sich charakterisierende Handlung deren Rechtswidrigkeit und die Strafbarkeit des Thäters auszuschliessen vermag[2]).

Berechtigt zur Antragstellung ist:

1. der, dem das Gesetz bei der einzelnen Deliktsart in gewissen Fällen ausdrücklich diese Berechtigung zuweist; vgl. als hierher gehörig: § 288: Antragsberechtigt ist diesfalls der Gläubiger, dessen Befriedigung durch die Zwangsvollstreckung der Thäter zu vereiteln beabsichtigte[3]); m. a. W. derjenige, der ein vermögensrechtliches Interesse daran hat, dass die Zwangsvollstreckung seine Befriedigung bewirke und zu deren Vereitelung nicht Bestandteile des schuldnerischen Vermögens beiseite geschafft werden, also der Gläubiger, dessen Vermögen als durch das Vergehen des § 288 verletzt oder mindestens gefährdet anzusehen ist und zwar bezüglich jenes Vermögensbestandteils, der sich als Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Thäter juristisch darstellt.

2. In Ermanglung besondrer Anordnung (und das sind die weitaus meisten Fälle) ist es der durch das Verbrechen „Verletzte", genauer: der Träger des durch die strafbare Handlung unmittelbar (cf. R.G.E. II. v. 16. Apr. 80; Entsch. I. S. 370, Rechtspr. I. S. 607) angegriffenen Rechtsgutes, dem nach stillschweigender Vorschrift des Gesetzes das Antragsrecht zusteht[4]). Demgemäss können Nachteile, welche nicht durch das Verbrechen an sich, sondern erst in weiterer

---

[2]) Vgl. auch Lauterburg l. c. S. 194.

[3]) Cf. Oppenhoff § 288 No. 11; Hälschner II. 1 S. 426; Rechtspr. d. R.G. III. S. 270. Über die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln; R.G.E. v. 17. Mai 1895, Entsch. XXVII. S. 241 f. No. 88.

[4]) Über das Nähere: Dochow in Holtzd. Hdb. IV. S. 264 ff.; Hälschner l. c. I, S. 714 f.; Binding, Hdb. I. S. 615; H. Meyer S. 303 f. sub Ziff. 4; v. Liszt 6. Aufl. S. 196, 7. Aufl. S. 174 ff.; Oppenhoff § 65 N. 1 ff.; Olshausen I. § 61 N. 10; R.G.E. IV. v. 16. April 1889 (Entsch. XIX. S. 250).

Folge sich ergeben, die Eigenschaft eines „Verletzten" und infolgedessen Antragsberechtigten nicht begründen.

Prüfen wir die einzelnen Fälle!

Bei der Sachbeschädigung des § 303[5]) kann den Antrag auf Verfolgung nicht bloss der Eigentümer (bezw. Miteigentümer), sondern jeder stellen, der durch die Handlung einen unmittelbaren Vermögensschaden oder — wie Oppenhoff, Komm. § 303 No. 16, sagt — „eine Beeinträchtigung seines Rechts", gleichviel ob es sich um dingliches oder persönliches Recht zur beschädigten Sache handelt, erlitten oder an der Erhaltung der Sache ein wesentliches Interesse gehabt hat, z. B. der für die Erhaltung der Sache verantwortliche und bei Beschädigung ersatzpflichtige Inhaber, der Mieter oder Pächter, wenn die thatsächliche Möglichkeit der Ausübung ihres Gebrauchsrechts quantitativ oder qualitativ irgendwelche widerrechtliche Einbusse erlitten hat, sie also unmittelbar in ihrem Vermögen geschädigt sind, was auch dann der Fall ist, wenn sie kontraktlich verpflichtet sind, für die beschädigte Sache deren Wert dem Eigentümer oder Vermieter (bezw. Verpächter) zu erlegen, der Kommodatar und dgl.[6])

---

[5]) Berechtigt zur actio legis Aquiliae war ursprünglich im röm. R. nur der „herus, id est dominus", später durch analoge Ausdehnung der Klage auch der dinglich an der beschädigten Sache Berechtigte, Niessbraucher, Pfandgläubiger, sowie der gutgläubige Besitzer. Ob selbst bloss obligatorisch Berechtigte zur Anstellung der Klage befugt sind, ist im gemeinen Recht bestritten. Dafür: Glück, Thibaut und die übrigen bei Pernice, Lehre v. d. Sachbeschädigungen S. 206 N. 2 zit., neuerdings wieder Dernburg, Pand. II. § 131 N. 15. Dagegen: Hasse; Löhr; Vangerow, Pand. 7. Aufl. 69 III. § 681 S. 581 Anm. 1 No. II. 1 i. f.; Windscheid II. § 455 N. 17; E. Grueber (in seinem englischen Werk „The lex Aquilia"). Nicht hierher gehört Pernice l. c. S. 206 ff., wenn er andrerseits auch nicht so weit geht wie Dernburg. Die Praxis spricht sich im Sinne Windscheids l. c. aus; cf. R.G.E. in Civils. IX. S. 163. Auch der Verf. vorliegender Abhandlg. hat seinerzeit in einer grösseren Seminararbeit sich mit dieser Frage beschäftigt und ist zu dem Resultat gekommen, dass die Aufstellung Dernburgs und der ihm Folgenden (cf. Günther [zit. S. 200 N. 16] S. 33 ff.) in den röm. Quellen nicht nur keine Begründung, sondern nur ihre Widerlegung findet. — Der Pfandgläubiger etc. kann aber die a. leg. Aquil. sogar gegen den Eigentümer der Pfandsache haben; Dernburg I. § 276 N. 2.

[6]) So die herrschende Praxis (vgl. hierüber die Komm. zu § 303), auch die des Reichsgerichts: R.G.E. II. v. 12. März 80, III. v. 22. Juni 81 und I. v. 18. Juni 83 (Entsch. I. S. 306, IV. S. 326, VIII. S. 399); ebenso Oppenhoff § 303 No. 16; Rüdorff No. 9; Schütze, Lehrb. S. 498, 500 N. 5.; v. Bar in Goltd. Arch. Bd. 19 (1871) S. 649, der jedoch nur dinglich Berechtigte nennt; ferner betrachten Otto, Aphorismen z. d. allg. T. des St.G.B's. 1873 zu § 65 N. 8; Ruhstrat im Gerichtss. Bd. 24

Wollte man nur den rechtmässigen **Eigentümer** zur Antragstellung zulassen, so müsste man in jedem Fall vom Antragsteller de (schwierigen) Nachweis seines Eigentumsrechts (die „probatio diabolica' fordern bzw. ihn zu diesem Zweck gar auf den Weg der Feststellung: klage verweisen (vgl. Str.P.O. § 261 Abs. 2!). Dass dies — so kon sequent es sein mag — weder praktisch zu handhaben, noch logis zu rechtfertigen wäre, versteht sich von selbst. Daraus ergibt sich r E. mit Evidenz, dass Verletzter allein der in seinem Vermögen Ge **schädigte** und das Angriffs- und Schutzobjekt nur das wirtschaftlich Vermögen sein kann[7]). Was aber hier gilt, findet in gleicher Weis bei den andern Vermögensdelikten seine Anwendung. — Mit Rech führt **Merkel** bei Holtzd. III. S. 851 aus: „Ebenso dürfte es al gleichgiltig zu betrachten sein, ob jemand als Eigentümer oder al Subjekt anderer Vermögensrechte durch die Handlung (sc. Sach beschädigung) getroffen und benachteiligt wurde. Es ist nicht mi Grund zu behaupten, zumal der heutigen Gestaltung des Vermögens verkehrs gegenüber, dass das Vermögen in der Form des Eigentums eine rechtlichen Schutzes würdiger und bedürftiger sei als in der Form vo Forderungsrechten oder dinglichen Rechten an fremden Sachen etc.“ –

Als antragsberechtigt beim **Diebstahl**[8]) und bei der **Unterschlagun** im Falle des § 247[9]) ist nicht bloss der Eigentümer zu nennen, sonder ebensowohl der Besitzer oder Inhaber, wenn auch die im preuss Str.G.B. enthaltene Bezeichnung speziell der Unterschlagung als zur Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers begangen da

---

S. 144; **Merkel** in Holtzd. Hdb. III. S. 712, 854 (cf. IV. S. 463) nur den dinglic Berechtigten als verletzt. **Contra**: **Hälschner** l. c. II. 1 § 113 S. 389: A Antragsberechtigter könne nur **der Eigentümer**, nicht jeder andre in seine Rechte Verletzte betrachtet werden; denn es sei lediglich das Recht des Eigentüme (ebenso a. a. O. S. 388 sub 3: Die Beschädigung müsse eine das Recht des Eigen tümers der Sache verletzende sein), nicht die Vermögensbeschädigung überhaupt, de durch § 303 strafrechtlicher Schutz gewährt werde. Ebenso: **Herzog** i. Gerichts Bd. 26 (1874) S. 209 f., 227; **Merkel** a. a. O. IV. S. 463 § 21 No. 1 und Lehrl S. 317; **Binding**, Hdb. I. S. 620; **Geyer**, Grundr. II. 42; v. **Liszt**, Lehrb. 6. Aul 94 S. 418, 7. Aufl. 96: S. 442 zu N. 4; H. **Meyer** S. 538 sub Ziff. 9; **Olshausen** I § 303 No. 13, nach denen allen nur der Eigentümer zum Antrag nach § 303 Abs. befugt sein soll.

[7]) Wenn aber der Eigentümer selbst seine vermietete, verpfändete etc. Sach zerstört? Cf. oben S. 75; **Liszt** 1896 S. 430 N. 2.

[8]) Beim Diebstahl ist „Verletzter“ gleich „Bestohlener“.

[9]) Für das röm. Recht vgl. l. 11 D. 47,2 (s. oben S. 106).

RStr.G.B. beseitigt hat[10]). Besitzer oder Inhaber sind aber wie der Eigentümer der Sache nur dann als Verletzte und Antragsberechtigte zu betrachten, wenn sie in ihrem Vermögen effektiv geschädigt oder gefährdet wurden, z. B. sobald ihr rechtlich geschützter Besitzstand beeinträchtigt oder, falls durch die That für sie eine Ersatzpflicht begründet wird, bezw. dadurch die Ersatzverbindlichkeit materiellen Charakter annimmt[11]).

Diebstahl und Unterschlagung sind grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der zur Disposition über die Sache Berechtigte, welcher gar nicht notwendig der Eigentümer zu sein braucht, oder beim Diebstahl sogar der blosse Detentor[12])[13]) sich mit der fraglichen Wegnahme

[10]) Vgl. S. 114. Die Bezeichnung war nach den Motiven eine unvollständige, „da die Personen, welche als Beschädigte bei dem Verbrechen der Unterschlagung vorkommen können, auch andere als der Eigentümer, der Besitzer oder der Inhaber sein können".

[11]) So Hälschner l. c. II. 1 S. 307 oben und dazu N. 1 (wo reiche Litteraturangaben sich finden); H. Meyer S. 563 mit Litteraturnachweisen in Note 38; Birkmeyer, Mecklenburg. Zeitschr. VI. S. 171; Geyer, Grundriss I. 208, II. 50; Olshausen II. § 247 N. 3; Oppenhoff ib. N. 10; Rüdorff § 242 N. 9, sowie die herrschende Praxis speziell des Reichsgerichts: R.G.E. III. v. 29. Mai 80 und I. v. 20. März 84 (Entsch. II. S. 73 und X. S. 210). Von älteren z. B. Hufnagel, auch Köstlin. — A. M.: Merkel bei Holtzd. III. § 43 S. 712, IV. S. 415 [„Dass bei Anwendung des § 247 stets der Eigentümer der gestohlenen oder unterschlagenen Sache als verletzt . . . zu betrachten sei, wird von den meisten angenommen; auch in dem Fall, wo derselbe einen Ersatzanspruch gegen Dritte hat. (Abweichend das sächs. O.A.G.) Auch neigt die Meinung dahin, dass neben ihm der von ihm verschiedene Inhaber der Sache nicht in Betracht komme . . . Ferner, dass der mittelbar Benachteiligte, welcher dem Eigentümer Ersatz zu leisten oder von demselben Leistungen zu empfangen hat [sollten diese beiden Möglichkeiten nicht eine verschiedene rechtliche Beurteilung finden?], den Antragsberechtigten nicht zuzuzählen sei . . ."] und Lehrb. S. 322; Dochow in Holtzd. Hdb. IV. S. 265; v. Bar in Goltd. Arch. l. c. XIX. S. 649; Binding, Hdb. I. S. 622; v. Schwarze § 247 No. 1 etc., welche den Diebstahl (ebenso wie die Unterschlagung) nur als gegen den Eigentümer gerichtet ansehen und daher nur diesem das Antragsrecht einräumen; andrerseits: Schütze S. 466, v. Liszt 94 S. 398, 1896 S. 422 N. 20, die bloss den Inhaber als Antragsberechtigten beim Diebstahl betrachten, während sie diese Befugnis bei der Unterschlagung dem Eigentümer zugestehen.

[12]) Heute allseitig anerkannt; so ausdrücklich betont z. B. von Schütze, v. Bar, Hälschner II. 1 S. 288 unten, 290 N. 4, Oppenhoff § 242 N. 34, Merkel bei Holtzd. III. S. 644, H. Meyer, Lehrb. S. 556; Dickel S. 42 (die Entscheidung der Fälle, betr. Einwilligung etc., bei Dickel S. 43 halte ich für irrig); Lehr S. 15; von älteren haben diese Ansicht schon Klien, Wächter, Henke [bei H. Meyer l. c. N. 42 zit.] vertreten. Vgl. jedoch auch Ullmann S. 37 N. 81.

[13]) Nach gemeiner und richtiger Meinung ist es gleichgiltig, ob der Inhaber

bezw. Aneignung einverstanden erklärt haben[14]) oder wenn auch n der Thäter irrtümlich annahm[15]), dass der Berechtigte bezw. der Deten seine Zustimmung zur Aneignung oder Wegnahme gegeben habe, od sogar, wenn der Aneignende irgend voraussetzen durfte, dass der z Disposition Befugte seine Zustimmung, falls er um die Sachlage un die Absicht des Thäters wüsste, erklären würde. Der Ausschluss de Strafbarkeit bezw. Rechtswidrigkeit ist also weder beim Diebstahl noc bei der Unterschlagung an die thatsächliche oder vermeintliche Zustimmun des Eigentümers allein[16]) geknüpft — ein Beweis, dass ausser der Eigentümer noch andre durch den Diebstahl oder die Unterschlagung „Ver letzte" in Betracht zu kommen haben, dass sohin nicht das Eigentum allei es ist, was durch betr. Strafbestimmungen vor rechtswidrigen Angriffe geschützt wird.

Mag auch in der Praxis regelmässig oder wenigstens sehr häufi als Persönlichkeit, gegen die sich der Diebstahl etc. richtet, wesent lich nur der Eigentümer der Sache als derjenige, gegen den die Weg nahme- resp. Zueignungshandlung und damit die Vermögensbeschädigun verübt wird, also der Hauptsache nach das Eigentum in Frag kommen, so darf man hieraus zu Gunsten der Eigentumstheorie doc keinen Schluss ziehen.[17])[18])

---

zur Einwilligung befugt war oder nicht. So Hälschner l. c., Oppenhoff l. u. a. Beseler, Komm. S. 409 und Hufnagel II. S. 303 (zit. bei Hälschn l. c. N. 4) betrachten dagegen mit Unrecht den gegen den Willen des Eigentümers die Wegnahme der Sache willigenden Inhaber als Teilnehmer am Diebstahl. Sch nach älterem deutschen Recht lag bei Einwilligung des Detentors in die Wegnah zwar kein Diebstahl, aber Unterschlagung vor. (Cf. Dickel S. 13.)

[14]) Die meisten früheren deutschen St.G.B. hatten sogar ausdrücklich herv gehoben, dass die Einwilligung des Eigentümers oder Inhabers etc. den Diebst etc. ausschliesse, wogegen das badische, bayr., lübische St.G.B. beim Diebstahl n von Absicht rechtswidriger Zueignung reden. (S. auch Ullmann l. c. N. 81 z

[15]) Ebenso, wie wenn er glaubte, dass ihm selbst die Sache gehöre (sog. err facti). Auch dies ist allgemeine Meinung.

[16]) Die Zustimmung auch nur eines der Genannten genügt jedoch zur Str losigkeit. Vgl. Hälschner l. c. S. 290, 353.

[17]) In solchen Fällen ist eben ausschliesslich der Eigentümer Träger des besc digten Vermögens. Vgl. D. Rimpau l. c. S. 13. Für den Thatbestand des Di stahls ist die Frage nicht ausschlaggebend, wem der Thäter den Besitz der Sache, er ihn dem Eigentümer oder einem Dritten entzogen, und es erscheint das etwa Dazwischentreten eines dritten Besitzers irrelevant (cf. S. 190 N. 12). Mag auch Eigentümer die natürliche Präsumtion für sich haben, dass er der Beschädigte prinzipiell und ausschliesslich ist er es jedenfalls nicht. Der Schutz des Vermög

Was für den Fall des § 247 gesagt wurde, gilt analog für die Übertretungen des Mundraubs[19]) und des Futterdiebstahls. Bei letzterer Übertretung aber dürfte der Eigentümer allein prinzipiell als „Verletzter“ zu gelten haben.[20])

Als antragsberechtigt im Fall des § 292 Abs. 2 gilt der verletzte

---

durch Pönalisierung des Diebstahls etc. bezw. das geschützte Interesse an der Sicherheit und Erhaltung der Vermögensordnung ist eben durchaus nicht lediglich an die Person des einzelnen Eigentümers geknüpft.

[18]) Setzen wir den Fall: E hat dem C eine Sache geliehen, die F nachher bei dem Kommodatar C stiehlt. Es ist einleuchtend, dass sowohl E wie C durch den Diebstahl in Mitleidenschaft gezogen sind; aber das Interesse des E wird regelmässig ein grösseres sein als das des C, bei dem es sich bloss um den vorübergehenden Gebrauch einer fremden geliehenen Sache handelt. Beschädigt ist daher in erster Reihe das Vermögen des E und zwar selbst dann, wenn er nicht etwa Eigentümer, sondern bloss Besitzer in eigenem Namen, z. B. b. fid. possessor, wäre. Daher ist in solchen und ähnlichen Fällen der Diebstahl als Vermögensverletzung, nicht etwa bloss als Eigentums- oder lediglich als Gewahrsamsverletzung anzusehen. (Cf. S. 192.)

[19]) Kaum erklärlich sind hierüber die Ausführungen Friedländers, Der Mundraub, Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XI. S. 417 f., die ich deshalb hier kurz wiedergebe: Nach § 65 Abs. 1 Str.G.B. ist der „Verletzte“ der Antragsberechtigte im Fall des § 370,5. „Kann es — fährt er sodann a. a. O. fort — bei dem Diebstahl zweifelhaft sein, und es ist in der That sehr bestritten, ob als »verletzt« der Eigentümer oder der Gewahrsamsinhaber zu betrachten ist, so ist . . . ein Zweifel kaum (?) möglich über die Person des beim Mundraub »Verletzten«. Dies kann nämlich nur der Eigentümer sein, denn wäre es der Besitzer, so würde ein »Verletzter« überhaupt fehlen in allen Fällen, wo der Mundräuber sich bereits im Besitze der Sachen befand.“ (Sic!?) [Friedländer begreift nämlich unter der Entwendung des § 370,5 auch Unterschlagung von Lebensmitteln; cf. oben S. 160 f. N. 2, 3, 8 vorl. Abhdlg.] „Dass somit (!) nur das Eigentum das Rechtsgut sein kann, gegen das der Mundraub sich richtet, ist der Eigentümer als Träger desselben der »Verletzte« i. S. des Gesetzes und daher antragsberechtigt; der Gewahrsamsinhaber ist es nicht, mag er auch ein noch so weitgehendes Interesse an dem betreffenden Gegenstand haben, mag er auch etwa für den Verlust desselben haften, denn er ist nicht im strafrechtlichen Sinn »verletzt«.“ Die ganze Argumentation ist natürlich verfehlt, da sie auf der falschen Grundlage beruht, dass, wenn beim Diebstahl der »Verletzte« der Inhaber sei, ein »Verletzter« bei der Unterschlagung überhaupt nicht existiere. Friedländers Ausführungen beweisen nur soviel, dass es unzulässig ist, beim Diebstahl einzig und allein den Detentor als „Verletzten“ zu nennen. A. M. als Friedländer auch Oppenhoff zu § 370,5 N. 27; Olshausen II. ibidem No. 7; H. Meyer, 4. Aufl. 88 S. 675; R.G.E. v. 11. Nov. 86 (Rechtspr. VIII. S. 703 f.), welche auch beim Genussmitteldiebstahl wie beim gewöhnlichen Diebstahl Eigentümer und Inhaber (Besitzer) für „verletzt“ und antragsberechtigt erachten.

[20]) Wenn nun aber z. B. K von V Futter gegen bar oder unter Vorbehalt des Eigentums seitens des V kauft und nicht bezahlt [setzen wir die Giltigkeit eines

Jagdberechtigte, d. h. nur der an der betr. Stelle zur Au
des Jagdrechts aktuell Befugte, mithin regelmässig der Jagd
Dieser allein hat hinsichtlich der von ihm gepachteten „Jagd“ e
mögensrechtliches Interesse daran, dass kein Unbefugter durch
ausübung den Wildstand verringert und dadurch jener Bes
seines Vermögens, welcher sich juristisch als Jagdausübungsrec
beschränkter Ususfruktus an einem Grundstück) qualifiziert, wir
lich eine Einbusse erleidet, d. h. verletzt oder mindestens ge
erscheint. — Man hat nun namentlich in der früheren Pra
Preuss. Ob.-Trib. als antragsberechtigt neben dem Jagd
zugleich den Besitzer des Grundstücks behandelt, auf welche
Jagdrecht ruht; jedoch mit Unrecht: denn der Grundstücksbesit
solcher ist in seinen vermögensrechtlichen Interessen durch Au
der Jagd seitens eines Unberechtigten an sich weder verlet
gefährdet, es kann ihm im Gegenteil nur nützen, wenn das W
besonders in grosser Menge dem Grundstück nur Schaden bring
geschossen wird — von wem, kann ihm in der Regel gleichgilti
Von einer Störung des Besitzes dürfte schwerlich die Rede sein.
dem hat die frühere Ansicht des Berl. Ob.-Trib. auf alle Fälle
jetzigen durch Strafgesetznovelle v. 26. Febr. 1876 Art. I. abgeä
Fassung des § 292,2 keinen gesetzlichen Boden mehr.[21])

Antragsberechtigt im Falle des **§ 263** Abs. 4 ist der gesc
Angehörige. Denn hier ist der Betrug „gegen“ diesen verübt
auch der Getäuschte ein andrer gewesen sein[22]).

In den Fällen der **§§ 301 f.** ist der Minderjährige als „Verletz
h. dessen Vermögen verletzt oder gefährdet worden ist) zur Stellu
Strafantrags selbst dann befugt, wenn er (wegen der Unverbindlich
Rechtsgeschäfts) schliesslich[23]) keine Vermögensbeschädigung erl

derartigen Geschäfts voraus!] und der Knecht des K das Futter, ohne dass
weiss, wider Willen des K an dessen Vieh verfüttert, während er selbst
Eigentumsvorbehalt keine Kenntnis hat, — wer ist solchenfalls zur Stell
Strafantrags als befugt zu erachten? — K, der nicht Eigentümer ist?
dessen Vieh ja gar nicht gefüttert wurde?

[21]) So Merkel bei Holtzd. IV. S. 462 oben [ebensowenig „wie m
Hausfriedensbruch neben dem Mieter der betr. Wohnung mit Unrecht zugl
Eigentümer als antragsberechtigt betrachten würde“]; Oppenhoff § 292

[22]) Oppenhoff § 263 N. 78.

[23]) Denn eine solche ist, strenge genommen, schon mit der Übernal
Verbindlichkeit etc. vorhanden. Cf. S. 60 f., 79 f.

[24]) Oppenhoff § 301 N. 11, § 302 N. 1.

III.
Die ausländische Gesetzgebung und das natürliche Rechtsbewusstsein.

10. Die ausländische Gesetzgebung und ihre Stellung zu der Streitfrage.

§ 53.

Die Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie ergehen sich gerne darin, zur Begründung ihrer Aufstellung auf fremdländische Kodifikationen zu verweisen[1]. M. E. aber zeigen gerade die betr. fremdrechtlichen Bestimmungen, dass sie auf dem Boden der Vermögensdeliktstheorie aufgebaut sind[2].

Unter den crimes et délits contre les propriétés des **französ. Code pénal** werden nicht nur der vol, sondern auch banqueroute, abus de confiance, les loteries et les maisons de prêt sur gages aufgezählt, welche sicherlich keine formale Eigentumsdelikte im modernen Sinne sind. (Cf. Gebauer l. c. S. 91.) Deshalb darf man bloss auf Grund der Titelüberschrift den vol des französ. Rechts nicht als Eigentumsdelikt im engern (technischen) Sinn auffassen[3]. Im Gegenteil lässt das französ. Gesetz v. 13. Mai 1863, worin die Wegnahme verpfändeter Sachen durch den Eigentümer aus dem Gewahrsam des Pfandgläubigers sowie die Wegnahme der mit Beschlag belegten eigenen Sache als vol erklärt wurden[4], die Vermögensdeliktsqualität des vol deutlich erkennen. Oder sollte sich sogar der Eigentümer

---

[1] So Gebauer l. c. S. 90 ff.

[2] Von ausländischen Strafgesetzen habe ich nur wenige, soweit sie mir eben zugänglich waren, zum Vergleiche herangezogen. Andre habe ich, obgleich sie mir vorlagen, unberücksichtigt gelassen, da auf sie, die sich enge an die deutsche Strafgesetzgebung anschliessen, das bisher ausgeführte im wesentlichen anzuwenden ist und deshalb unnötige Wiederholungen vermieden werden können. Hierher gehört u. a. das niederländische Str.G.B. v. 3. März 81.

[3] Übrigens werden auch im deutschen Recht die Ausdrücke „Eigentumsdelikte" und „Vermögensdelikte" vielfach als gleichbedeutend neben einander gebraucht.

[4] Damit übereinstimmend: Mexikanisches Str.G.B. v. 7. Dez. 71 Art. 369: „Dem Diebstahl gleichgeachtet werden die . . . Entwendung einer bewegl. Sache seitens ihres Eigentümers, wenn dieselbe sich in der Gewalt eines Dritten befindet auf Grund eines Pfandrechts oder eines von einer Behörde verfügten . . . Verwahrungsrechts"; cf. Art. 408, 473 f., 498.

eines Eigentumsdelikts an eigener Sache schuldig machen können? — Ferner dürfte ein Blick in die französ. Praxis den hier eingenommenen Standpunkt zur Genüge rechtfertigen, dass alle die sog. crimes et délits contre les propriétés nichts andres als Vermögensdelikte sind, als Angriffe, gerichtet gegen das wirtschaftliche Vermögen[5]).

Ullmann bemerkt deshalb mit vollem Recht a. a. O. § 5 S. 47, kein Diebstahl könne zugerechnet werden, wo nicht soustraction frauduleuse vorliege. „Dieses Merkmal ist wesentlich und bestimmt sich seinem Inhalt nach vornehmlich als die Absicht, einen Schaden zuzufügen (nuire).“[6]) „Nach französischem Recht — fährt derselbe Schriftsteller a. a. O. S. 48 fort — liegt daher das ganze Gewicht der Entscheidung von Fällen des Diebstahls, in denen die Frage nach der bösen Absicht zweifelhaft ist, auf der Absicht des Thäters, einem Dritten einen Schaden durch Wegnahme der Sache zuzufügen. Es genügt daher für die Freisprechung des Beschuldigten, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass er die Absicht, einen Schaden an dem Vermögen eines Dritten hervorzubringen, nicht gehabt hat oder nicht haben konnte. So wird stets Freisprechung erfolgen, wenn ein Gläubiger unter der Voraussetzung eines materiell feststehenden Rechts zur Sicherung desselben Sachen des Schuldners an sich nimmt. Ja es genügt zur Freisprechung, wenn Indizien vorliegen, dass der Thäter im guten Glauben, dass ihm ein Recht gegen den angeblichen Schuldner zustehe, Sachen desselben zur Sicherung seiner vermeintlichen Forderungsrechte an sich nimmt, und es wird dabei nicht unterschieden, ob sich das Objekt, um das es sich handelt, im Streite befand oder ob die Forderung liquid oder auch nur einbringlich war.“ (Hierzu Ullmann l. c. S. 49 N. 106.)

Vom **belgischen Code pénal** von 1867, der nichts als französisches Recht grösstenteils reproduziert, ist das Gleiche zu sagen. Ebenso **luxemburg., portugies. Str.G.B.** und das Recht der romanischen Kantone der Schweiz.

Das **italienische Str.G.B.** vom 30. Juni 1889 spricht zwar

---

[5]) Vgl. auch Merkel bei Holtzd. III. S. 634 N. 6, 7, 9.

[6]) Die französ. Doktrin stützte sich bei Bestimmung der fraude beim vol von jeher auf das beim röm. furtum geforderte Moment der Schadenszufügung. Vgl. Ullmann l. c. S. 17 N. 34 und oben S. 104 N. 4. Dies Moment ist ein viel glücklicher gewähltes als der schwankende und unbestimmte Begriff der Zueignung im subjektiven Thatbestand der §§ 242 und 249 R.St.G.B. (Cf. S. 120 N. 12.)

im 10. Titel des 2. Buchs von „Verbrechen gegen das Eigentum"[7]); aber nichtsdestoweniger sind alle hier behandelten Delikte als solche gegen das wirtschaftliche Vermögen zu betrachten: Der Diebstahl nach Art. 402 erfordert (wie Art. 437 des span. Str.G.B.) gewinnsüchtige Absicht: „per trarne profitto". Art. 406,1 spricht von schweren Nachteilen für die Person oder das Vermögen etc.; Art. 407 ebenso, ferner von Herausgabe etc. zu seinem od. fremdem Nachteil; desgleichen Art. 409, in dem Geld, Sachen oder irgend rechtlich erhebliche Urkunden als Objekte der Handlung aufgezählt sind; ausser den in Art. 406—409 genannten Fällen des Raubes und der Erpressung enthält auch Art. 410 (Erpressung von Lösegeld) in klarer Weise ein Verbrechen gegen das Vermögen. Ferner ist unter der Rubrik „Verbrechen gegen das Eigentum" des zit. 10. Titels in Art. 413 der Betrug genannt, als welcher sich nach der gesetzlichen Definition das durch bestimmte Mittel ausgeführte Verschaffen eines rechtswidrigen Vorteils zum Nachteil eines andern charakterisiert. Desgleichen Art. 414 ff. [Unfallversicherungssumme oder einen andern rechtswidrigen Vorteil (Art. 414); zu eigenem oder fremdem Vorteil, zum Nachteil des andern (415); gewinnsüchtige Absicht (416)]. Als Unterschlagung wird im Art. 417 nur diejenige Zueignung angesehen, die sich als Verwendung zu eignem oder fremdem Vorteil darstellt. Desgleichen erfordert Art. 422 (unrechtmässige Besitznahme von Immobilien) einen Vorteil, den der Thäter im Auge haben muss. Die weitschweifenden Bestimmungen der Art. 424 ff. über Sachbeschädigung zeigen in ihrem Zusammenhang, dass das Gesetz zum mindesten nicht auf dem Boden der Eigentumsdeliktstheorie steht. Ausserdem statuiert Art. 431 für alle bisherigen Vermögensdelikte (mit Ausnahme von Raub und Erpressung) eine Rücksichtnahme auf den Betrag des angerichteten Schadens und den Wert des Objekts des Verbrechens. Der Schaden bezw. der Wert des Gegenstands muss zum mindesten noch ein geringer sein (Art. 431 Abs. 1 i. f.); ist er gleich null, so ist eine Bestrafung des Thäters ausgeschlossen.[8])

---

[7]) Bloss auf die Titelüberschrift stützt sich Gebauer, wenn er l. c. S. 98 behauptet, nicht nur Diebstahl, Unterschlagung etc., sondern auch Erpressung und Betrug erscheinen im italien. Codice penale als Eigentumsdelikte. Cf. S. 213 N. 3.

[8]) Vgl. hierzu das zit. Mexikanische St.G.B. Art. 377 („Um den Betrag des Diebstahls [cf. Art. 376] zu bemessen, ist einzig der Wert des gestohlenen Gegenstandes an sich in Betracht zu ziehen. Ist dieser nicht in Geld schätzbar, so ist zur Festsetzung der Strafe der Schaden und Gewinnverlust, den der Diebstahl direkt und unmittelbar veranlasst hat, in Rechnung zu ziehen.") im Zusammenhalt mit Art. 371

Das **norwegische Str.G.B.**[9]) steht unleugbar auf dem Boden d Vermögensdeliktstheorie.

Argumente: Kap. 19 § 1 (vom Diebstahl): „Wer eine Sache, d einem anderen ganz oder zum Teil zugehört, ohne Einwilligung d Besitzers in der Absicht wegnimmt, durch Zueignung derselben si oder anderen einen unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen („at fo kaffe sig eller Andre en uberettiget Vinding"), wird . . ."

§ 6 (Hehlerei): „Wer, um sich oder anderen einen unrechtmässig Gewinn zu verschaffen, eine Sache, die ein anderer sich durch ei der in Kapitel XIX oder XX vorgesehenen Strafthaten zugeeigr hat, ankauft, eintauscht etc., wird wegen Hehlerei . . . bestraft."

Kap. 20 § 1, betr. den Raub, verlangt ebenfalls die „Absic sich oder anderen einen unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen". I Definition des Raubes enthält hier zugleich den Thatbestand c Erpressung.

Kap. 21 § 1 stimmt inhaltlich mit der Definition des deutsch Betrugsbegriffs in § 263 R.Str.G.B. überein: „Wer in der Absicht, si oder anderen einen unberechtigten Gewinn zu verschaffen, einem ander dadurch Schaden an seinem Vermögen zufügt, dass er ... bei jemande einen Irrtum hervorruft oder unterhält, wird wegen Betruges ... bestraf

§ 4 fordert für den Versicherungsbetrug die Absicht des Thäte „sich oder anderen einen unberechtigten Gewinn auf Kosten eines Ve sicherungsgebers zu verschaffen".

§ 5 (Kreditbetrug): „Wer, um sich etc. Kredit zu verschaffen,. einem anderen einen Schaden an seinem Vermögen verursacht, . .

§§ 7 und 8 enthalten Fälle sog. Untreue und verlangen die A sicht, „sich etc. einen unberechtigten Gewinn zu verschaffen", bzw. c Absicht, „zu schaden oder anderen einen unberechtigten Vorteil zuz wenden".

Die Unterschlagung nach § 9 erfordert die gleiche Bereicherun absicht. Abs. 3 bestimmt: „Ist die Sache eine gefundene von unl deutendem Wert, kann Straflosigkeit eintreten", woraus zu folgern i

---

Abs. 1, 379 f., 432, 455 Ziff. I, 461, 472 f., 488 („Ebenfalls mit der Diebstahlsstr belegt wird die Zerstörung oder Beschädigung irgend welcher andern fremden Sa . . . Zur Auferlegung der genannten Strafe dient der Wert der zerstörten Sache Grundlage."), 495 (Abs. 1: Versuch der Sachbeschädigung als selbständiges Verbrech

[9]) Über dessen Geschichte vgl. die kurzen Bemerkungen von **A. Faerd** im Gerichtss. Bd. 47 S. 209 f.

dass bei völliger Wertlosigkeit der Sache Straflosigkeit eintreten muss. Die Schlussfolgerung wird als richtig bewiesen durch die äusserst klare Vorschrift im folgenden § 10: „Wer es unterlässt, gefundene Sachen . . . anzumelden, wird, sofern er nicht nach § 9 zu verurteilen ist [sc. was immer dann erfolgt, wenn die in § 9 geforderte Bereicherungsabsicht vorliegt], mit Busse bestraft, welche jedoch nicht den Wert des Gefundenen übersteigen darf." § 10 Abs. 2 stimmt mit dem zit. Abs. 3 des § 9 überein.

§ 11 fordert für das furtum possessionis „Handlungen, wodurch dem Rechtsinhaber Schaden zugefügt wird".

Dieselbe Vermögensdeliktsqualität besitzen die Konkursverbrechen in §§ 12 ff. ibid., welche mit den deutsch-rechtlichen Vorschriften zum Teil wörtlich kongruieren (vgl. z. B. § 19,1 eod. mit § 213 R.K.O.)

In Kap. 22 wird der widerrechtliche Gebrauch von Sachen, welche in anderer Eigentum oder Besitz sind, kriminalisiert. Unbewegliche Sachen sind Gegenstand des Delikts in §§ 1 ff.; Ausübung von Jagd und Fischerei ist kriminalisiert in §§ 11, 12, Hausfriedensbruch in §§ 2, 3; forst- und feldpolizeiliche Vorschriften enthalten §§ 13—16; ein dem deutschen Mundraub entsprechendes, nur weiter (auf Brennholz) ausgedehntes, anderseits aber hinsichtlich des „Erbrechens von Behältnissen" etc. beschränktes Delikt enthält § 14; vgl. hierzu auch § 16; das furtum usus an beweglichen Sachen pönalisiert § 17, die widerrechtliche In-Besitz-Nahme einer beweglichen Sache § 18, eine Art Nötigung, Gewaltanwendung, § 19 — wir sehen, ein buntes Gemisch der verschiedenartigsten Verbrechen, die sich gegen verschiedene Schutzobjekte wenden, meistens solche Delikte, die wir als Polizeiübertretungen betrachten.

Das **Strafgesetz f. d. Grossfürstentum Finnland** v. 19. Dez. 1889 übergehen wir aus dem S. 213 N. 2 angegebenen Grund — wenigstens hinsichtlich näherer Darstellung. Nur einiges sei hier hervorgehoben!

28. Kapitel § 1, Diebstahl betreffend, nennt als Objekte „Sachen oder Geld" (Abstufung der Strafe nach dem Wert des Gestohlenen; Wertgrenze zwischen Diebstahl und „Snatteri": 20 M.);[10]) 31. Kap. § 1, Raub betreffend, „Gut oder Geld"; ibid. § 4, Erpressung, „Geld oder Gut . . . oder andere Vermögensvorteile".

Hiernach dürfte einleuchten, dass die Ausdrücke „Sachen" und

[10]) Das finnländ. Str.G.B. gibt wie das dänische und schwedische keine Definition des Diebstahls, wohl aber eine solche vom Raub, analog dem R.Str.G.B.

„Gut“ (ebenso wie „Geld“ oder „andere Vermögensvorteile“) nur im Sinne von wirtschaftlichen, i. e. vermögenswerten Gütern, von Vermögensbestandteilen oder — wie das Gesetz selbst sagt — von „Vermögensvorteilen“ gebraucht sind [vgl. das bereits S. 157 f. sub c. Ausgeführte!], dass sohin nicht nur Raub und Erpressung — bei diesen beiden ist es ohnehin unbestreitbar —, sondern auch der Diebstahl im finnländischen Strafrecht als gegen das wirtschaftliche Vermögen gerichtete Angriffe zu erachten sind.

Nicht minder ist der Standpunkt der Vermögensdeliktstheorie aus den Bestimmungen über die Sachbeschädigung zu ersehen, die im 35. Kapitel § 3,1 als „Zerstörung oder Beschädigung fremden beweglichen oder unbeweglichen Gutes“ definiert wird. Diese Ansicht wird erhärtet durch die klare Vorschrift im zweiten Absatz desselben Paragraphen: „Wenn der Schaden gering ist, liegt es im Ermessen des Richters, ob auf mehr als Schadenersatz zu erkennen sei.“ Fast wortgetreu stimmt hiermit überein: 33. Kap. § 1 Abs. 4: „Wenn der durch eine in diesem Paragraphen (scil. betr. rechtswidrige Benutzung fremden Bodens) genannte Handlung verübte Schaden sehr unbedeutend ist, so ist es dem Ermessen des Richters anheimgestellt, ob auf mehr als Schadenersatz zu erkennen sei.“ Wenn auch der zugefügte Schaden „gering“ oder „sehr unbedeutend“ genannt wird, so liegt doch immer noch ein thatsächlicher, ziffermässig feststellbarer Schaden vor, und nur insolange kann von „Schadenersatz“ die Rede sein. Dass übrigens „Schaden“ nur als „Vermögensschaden“ hier gebraucht sein kann, versteht sich von selbst.

Sollte aus den allegierten Belegstellen die Vermögensdeliktstheorie noch nicht ersichtlich sein? —

Ingleichen huldigt das **ungarische Str.G.B.** über Verbrechen und Vergehen (Gesetz-Artikel V.: 1878) der Vermögensdeliktstheorie. Das geht schon aus den gesetzlichen Bestimmungen, die eine ausgedehnte Rücksicht auf die Grösse des Vermögensschadens und den Wert des einem fremden Vermögen entzogenen Vermögensbestandteils nehmen, während sie sonst zum grossen Teil dem Vorbild des deutsch. Rechts folgen, mit solcher Evidenz hervor, dass ich auf ein näheres Eingehen verzichten zu dürfen glaube. Vgl. bezüglich des Diebstahls §§ 333 ff., der Unterschlagung ibid. § 356 u. a. m. § 418 (abgeändert) verlangt für das Vergehen der Sachbeschädigung sogar einen die Summe von 5 fl. übersteigenden Schaden; Einleitung des Verfahrens „nur auf

ıtrag der beschädigten Partei". Das Vergehen des § 421 bezieht sich f das „unbewegliche Vermögen" eines andern und erfordert gleich- . ls die Verursachung eines Schadens in der Höhe von über 5 fl. etc. ›n dem ungar. Str.G.B. über die Übertretungen (G.-A. XL.: 1879) hören u. a. hierher: §§ 126 (Nahrungsmitteldiebst.; Vermögensschaden ıter 2 fl.), 127 (Beschädigung einer f. bewegl. Sache oder Wert- ınderung etc. durch dolose widerrechtl. Benützung; Sachbeschädigung ·i einem Schaden bis zu 5 fl.) etc. etc. Häufig ist bei den Vermögens- ›likten ganz entsprechend Vermögens- (Geld-) Strafe angedroht.

Nicht ohne Interesse für unsere Darstellung ist ferner das **„Straf- ›setzbuch des Staates New-York"** v. 26. Juli 1881 (in Kraft seit Dez. 1882).

Der Raub, welcher unter den Verbrechen gegen die Person im Titel behandelt ist, wird daselbst in § 224 definiert als „rechts- idrige Wegnahme persönlichen Vermögens aus dem Gewahrsam ner Person . . . mittels Gewalt . . ."

Der 15. Titel handelt von den Verbrechen gegen das Vermögen, as 4. Kapitel daselbst von Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und ntreue. — Ist auch in § 528 (Diebstahl)[11]) als Verletzter bloss der igentümer genannt, so geht aus den Worten dieser Bestimmung doch ar hervor, dass es sich hier nur um Schutz des wirtschaftlichen ermögens, nicht um den eines formalen Rechtes, allerdings bloss zu unsten des wahren Eigentümers des Diebstahlsobjekts dreht: „Wer der Absicht, den wahren Eigentümer seines Eigentums oder [— und arin liegt vor allem die wirtschaftliche Seite beim Diebstahlsbegriff —] ɛs Gebrauchs und Nutzens desselben zu berauben oder . . . dasselbe ch zur eigenen Benutzung . . . anzueignen, entweder 1. Geld . . . ler irgend eine Sache von Wert aus dem Besitze des wahren Eigen- imers oder einer andern Person nimmt; . . . oder 2. als Depo- tar . . . Geld, Vermögen . . ., irgend welche Gegenstände von Wert . . . u seinem eigenen Gebrauche . . . sich aneignet, stiehlt dergleichen ermögensgegenstände . . ." Ebenso sprechen § 529 von der Erlan- ung von Geld oder Vermögensgegenständen durch betrügerische Vechsel, §§ 530 und 531 ausdrücklich von dem Wert der Vermögens- egenstände. § 541: „Wer . . . Gelder, Güter . . . oder Beweismittel ber Vermögensgegenstände oder andre Wertsachen oder Einkünfte us denselben . . . zu seinem Gebrauche . . . sich aneignet, ist des . . .

[11]) Desgleichen bei der Sachbeschädigung; arg. § 654 Ziff. 3.

Diebstahls in dem Grade schuldig, der sich aus dem Betrag der Vermögensgegenstände . . . ergibt; und . . . kann . . . zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt werden, welche den Wert des angeeigneten oder gestohlenen Eigentums (sc. = Objekts) nicht überschreitet . . ."; cf. § 542: „Der Betrag der . . . Geldstrafe, welcher den Betrag oder Wert des genommenen, angeeigneten oder gestohlenen Eigentums nicht überschreitet . . ." Über Berechnung des Wertes einer Schuldurkunde bestimmt § 545 das Nähere, desgleichen eines Fahrbillets § 546. § 547: „In jedem nicht durch Verordnung geregelten Falle gilt der Marktwert der gestohlenen Sache als ihr Wert." Die Eigenschaft des Diebstahls als eines Bereicherungsdelikts zeigt sich ferner durch § 548, worin bestimmt ist, dass in gutem Glauben erfolgende Geltendmachung eines Anspruchs genügende Entschuldigung sei, wenn gemäss desselben der Vermögensgegenstand angeeignet wurde, sollte auch der Anspruch selbst nicht aufrecht erhalten werden können. Die Strafbarkeit des Empfangs von gestohlenem Gut (Hehlerei) behandelt § 550.

Als Begriff der Erpressung, von der das 5. Kapitel des 15. Titels handelt, stellt § 552 „die Erlangung von Vermögensgegenständen von einem andern [der nicht notwendig Eigentümer des abgepressten Objekts zu sein braucht] mit dessen durch . . . Zwang . . . herbeigeführten Zustimmung" auf. Als Objekte des Verbrechens bestimmt § 554: „Geld oder anderes Vermögen", § 555: „ein in Geld abschätzbares Pfand oder eine Urkunde oder ein Schriftstück, welches . . . irgend einen Vermögensgegenstand berührt" („Erpressung von Vermögensgegenständen"), § 560: „Geld oder andres Vermögen".

Die in Kapitel 6—13 behandelten mannigfaltigen Arten von Betrügerei haben — soweit sie sich überhaupt gegen vermögensrechtliche Interessen richten — zu ihrem Angriffsobjekt das wirtschaftliche Vermögen in bekanntem Sinn, nicht formale Berechtigungen im Sinne der Eigentumsdeliktstheorie. Die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen sind in dieser Hinsicht zu klar, als dass dies ernstlich bestritten werden könnte und eingehendere Argumentation erforderlich machte. [Hierher gehört auch § 672 des 17. Tit.]

Das Gleiche gilt von der im 14. Kapitel des gleichen Titels weitläufig behandelten Sachbeschädigung oder — wie es in der Überschrift genannten Kapitels heisst — der boshaften Beschädigung und andrer Verletzung von Eigentum. Cf. § 654 Ziff. 1, wo ausdrücklich auf den Wert des zerstörten Eigentums (sc. = Objekts) oder die durch

die Beschädigung verursachte Verminderung des Wertes desselben Bezug genommen wird und die Wertgrenze zwischen grosser und kleiner Sachbeschädigung verhältnismässig hoch gewählt ist (25 Dollars), und Ziff. 3, wonach der Sachbeschädiger zum dreifachen Ersatze des Schadens als Strafzusatz verbunden ist.

Endlich ist auf § 718 zu verweisen, worin die Bedeutung gesetzlicher Ausdrücke festgestellt wird: „Gewinnsüchtig": Ziff. 2, „Vermögen": Ziff. 9, „dingliches Vermögen": Ziff. 14, „persönliches Vermögen": Ziff. 15. — Namentlich bekundet die Definition des „Vermögens" a. a. O., dass das Strafgesetzb. des Staates New-York auf dem gleichen Standpunkt in der Auffassung der Vermögensdelikte steht wie der Verfasser dieses Aufsatzes. „Der Ausdruck »Vermögen« — sagt § 718 Ziffer 9 — begreift sowohl dingliche als persönliche Vermögensrechte, einklagbare Objekte, Geld, Bankbillets und alle Wertgegenstände." „Der Ausdruck »dingliches Vermögen« begreift jedes Eigentum, Interesse und Recht an Grundstücken, Häusern und Erbschaften" (Ziff. 14); „der Ausdruck »persönliches Vermögen« begreift jede Art von Geld, Gütern, Pfändern, börsengängigen Papieren, Beweisstücken bei Klageobjekten und alle geschriebenen Urkunden, durch welche irgend eine Geldverpflichtung, ein Recht oder Titel an dinglichem oder persönlichem Vermögen geschaffen . . . wird, und jedes Recht und Interesse dabei" (l. c. Ziff. 15).

Als neuestes Werk auf dem Gebiet der Strafgesetzgebung ist der **Stooss'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches** anzuführen. (Vgl. darüber v. Lilienthal in der Zeitschr. f. d. ges. StrR.W. XV. (1895) S. 97 ff., 260 ff.) Es wäre gewiss ein thörichtes Beginnen, wollte die herrschende Ansicht im Hinblick auf diesen Gesetzentwurf noch ihre Behauptung aufrecht zu erhalten suchen, die ganze moderne Strafgesetzgebung stehe auf dem Boden der Eigentumsdeliktstheorie und die Vermögensdeliktstheorie sei ein längst überwundener und allenthalben verlassener Standpunkt. Oder möchten die Vertreter der Eigentumsdeliktstheorie sich zur Motivierung ihrer Auffassung nicht auch noch auf jenen neuesten Gesetzentwurf stützen? — Dafür redet dieser denn doch — glücklicherweise — zu deutlich, um aus unklaren Wortfassungen — wie dies beim R.Str.G.B. geschieht — eine Formaldeliktstheorie konstruieren zu können.

Zu den Verbrechen gegen das Vermögen und zwar im ökonomischen Sinn gehört nach zit. Entw. Art. 69 und 70 zunächst der

Diebstahl, dessen sich schuldig macht, „wer jemandem eine Sache nimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern". Es entspricht diese Definition im wesentlichen dem, was K. Stooss (Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt. Basel und Genf 1892/93 II S. 68 N. 1) als den wirtschaftlichen Gedanken bei der Behandlung des Diebstahls bezeichnet. Dass er diesen: Bereicherung auf fremde Kosten, und nicht die juristische Auffassung: Eigentums- und Gewahrsams-Verletzung, zum Ausdruck gebracht hat, hält v. Lilienthal l. c. S. 322 für einen Fortschritt, und ich kann ihm hierin nur beistimmen. Nach den Motiven ist die Annahme des Diebstahls stets ausgeschlossen bei Entwendung wertloser Sachen. Die Entwendung von Gegenständen von geringem Wert etc. ist nach Art. 191 strafbar. Keinen Diebstahl begeht, wer eine Sache gegen den vollen Geldwert etc. eintauscht oder einen Akt der Selbsthilfe ausführt, eine Sache im Interesse, aber gegen den Willen des Eigentümers verbraucht, eine Sache nicht der Bereicherung wegen, sondern zu einem andern Zwecke entwendet. Das letztere ist entweder Vermögens- (Sach-) Beschädigung oder fällt unter Art. 191. Mit Recht sagt Lilienthal a. a. O. S. 323 oben: „Es ist ein Vorzug des Gesetzes, wenn derartige Fälle auch ohne Auslegungskünste nicht als Diebstahl erscheinen."

In gleicher Weise wie der Diebstahl verlangt auch die Unterschlagung (Art. 71, 72 des schweiz. Entw.) Bereicherungsabsicht (cf. Lilienthal l. c. S. 324); desgleichen der Raub (Art. 73). Unter Erpressung (Art. 74) wird Abnötigung eines unrechtmässigen Vorteils durch Gewalt oder Drohung verstanden. Die Hehlerei (Art. 75) ist unter die Verbrechen gegen das Vermögen aufgenommen und dadurch auch äusserlich erkennbar von der Begünstigung (Art. 170: Verbrechen gegen die Rechtspflege) getrennt worden. (Cf. Lilienthal l. c. S. 325.)

An Stelle der Sachbeschädigung steht die Vermögensbeschädigung (Art. 76). Indem man die Richtung auf das Vermögen anerkennt, werden Handlungen straflos, welche die Eigentumsdeliktstheorie als Verbrechen betrachtet, und andre strafbar, die sonst entweder gar nicht oder in ungenügender Weise zur Strafe herangezogen werden können (z. B. Fliegenlassen eines Vogels etc.). (Cf. Lilienthal l. c. S. 325 f.)

Der Betrug (Art. 79) hat einen einfacheren Thatbestand als im dtsch. Recht: „Wer jemanden durch Vorspiegeln falscher oder durch pflichtwidriges Verheimlichen wahrer Thatsachen täuscht, um

ich oder einen andern auf fremde Kosten zu bereichern etc." Zur Vollendung des Verbrechens genügt die Täuschung. Es ist damit eine erhebliche Ausdehnung der strafbaren Täuschungen gewonnen. (Cf. Lilienthal S. 326 und oben S. 188 zu N. 6.)

Den Wucher behandelt Art. 80 (cf. Lilienthal l. c. S. 327). Wegen Untreue (Art. 82) wird bestraft, „wer Vermögensverhältnisse, deren Wahrung ihm anvertraut ist, eigennützig zum Nachteil des Berechtigten verletzt". In den Bestimmungen über den strafbaren Bankerott (Art. 83—85) wird ausschliesslich die eingetretene Schädigung der Gläubiger (scil. an ihrem Vermögen) betont (cf. v. Lilienthal l. c. S. 328); desgl. in Art. 86, betr. Vereitelung der Zwangsvollstreckung (l. c. S. 329).

11. Das natürliche Rechtsbewusstsein und die allgemeine Volksüberzeugung als Prüfstein für die Richtigkeit der Vermögensdeliktstheorie.

§ 54.

Endlich können die Vertreter der Vermögensdeliktstheorie für ihre Ansicht mit Recht die — leider nur zu oft geleugnete — Volksüberzeugung und das allgemeine, natürliche Rechtsbewusstsein anführen.[1]) Das natürliche Rechtsgefühl ist de lege ferenda ein wesentlicher Faktor, aber auch de lege lata ist es ein bedeutsames Moment, welches sich durch den kühlen Hinweis auf angeblich klare Gesetzesworte nicht zurückdämmen lässt, sondern Berücksichtigung erheischt, wo es sich darum handelt, die ratio legis, den wahren Inhalt einer positiv-rechtlichen Norm zu erforschen. Aber ich gehe nicht so weit, das Gesetz einer Volksüberzeugung hintanzustellen oder auch nur dasselbe aus dieser allein zu interpretieren, sondern ich erachte — wenn hier auf das natürliche Rechtsgefühl Bezug genommen wird — dieses als Prüfstein der im Laufe dieser Darstellung vorgetragenen Ansicht.

„Eine gesetzliche Klassifizierung und verschiedenartige Bezeichnung der strafbaren Handlung — sagt Hälschner a. a. O. I. § 185 S. 463 allerdings nicht ohne zureichenden Grund — wird es . . . schwerlich bewirken, dass sich der Sprachgebrauch des Volkes ganz dem des Gesetzes anschliesst, und das Bedürfnis solcher Klassifizierung

[1]) Cf. W. Müller, Das Volksrechtbewusstsein der Gegenwart über Bestrafung der Verbrechen. Cassel 1857.

wird sich immer nur durch technisch juristische Gründe rechtfertig lassen.“ Ferner haben wir oben gleichfalls schon die Gelegenh wahrgenommen hervorzuheben, dass den spezifisch juristischen A drücken des öfteren vulgäre Bezeichnungsweisen mit mehr oder min differenziertem Sinn gegenüberstehen. Schon an mehreren Stellen h ich z. B. bemerkt, dass die Volksanschauung die Begriffe Eigent und Vermögen vermischt und unter Eigen oder Eigentum nur äuss selten das versteht, was der Jurist unter Eigentum oder Eigentu recht zusammenfasst[2]). — Aber bei aller Verschiedenheit in der technis juristischen und der natürlich-volkstümlichen Ausdrucksweise, bei all Unterschied in der äusseren Form bleibt doch Inhalt, Charakter u Wesen dessen gleich, was man — von verschiedenen Gesichtspunkt aus — mit den mannigfaltigen Ausdrücken bezeichnen will. M. a. W Was der Volksmund z. B. „Forderung“ nennt, kann in der Sprac des Juristen nicht „Schuld“ heissen, was dort Recht ist, kann hi nicht Unrecht sein, mag auch der Satz „summum ius summa iniuri bezüglich seiner Richtigkeit hiermit nicht angezweifelt werden. A diesen Erwägungen ist es für den Juristen nicht nur nicht unwürd sondern geradezu eine Notwendigkeit, Sätze des Rechts, die im Vol leben und Volksbewusstsein ihre Wurzel haben, auch hiernach beurteilen und zu interpretieren. Und namentlich gilt dies von d „menschlich gerecht waltenden“, dem „einfach menschlichen und natürl urteilenden“ Strafrecht, wie man diesen Teil des Rechts so ger aber auch so bezeichnend heisst.

Welche „Sachen“ können nun im speziellen Fall nach der Vol ansicht mögliche Objekte der Sachbeschädigung oder der Aneignun delikte sein? — „Gestohlenes Gut — sagt hierzu ein altes Sprichw — thut selten gut“; fremdes „Gut“ — sagt die in dem Sprichwort z Ausdruck kommende Volksmeinung — kann nur Objekt des Diebsta sein. Wenn freilich Gebauer a. a. O. S. 11 und 57 den „Wert“ „Gutes“ negiert, ist jede Beweisführung vergeblich.

Hinsichtlich der Thatsache, dass das allgemeine und natürli Rechtsgefühl notwendig für die Vermögensdeliktstheorie spricht, Beispiele im einzelnen werden wir sogleich anführen — schliesse mich vollkommen der Äusserung Johns (in der Liszt’schen Zeitsch a. a. O. S. 260 unten) an: „Man denke nur! Man will durch Ankla

[2]) Cf. S. 46; dazu Gerber-Cosack, Syst. d. Dtsch. Priv.-R. 17. Aufl. S. 128 N. 3.

erhebung und Verurteilung einen Menschen zum Dieb machen, d. h. man will ihn als solchen hinstellen, der . . . sich einer infamierenden Handlung schuldig gemacht hat —; und das will man thun, gleichzeitig behauptend, dass auf den Vorsatz des Angeklagten, fremdes Vermögen zu verletzen, nichts ankomme?" — Ist es billig — das Recht wird ja als „ars boni et aequi" bezeichnet —, jemand dem allgemeinen Rechtsbewusstsein des Volkes zuwider bloss zur Aufrechterhaltung der formalen Begriffslogik als Dieb zu brandmarken? und sei es selbst mit einem einzigen Tag Gefängnis, ein Dieb bleibt der Verurteilte doch![3]) Nicht einmal de lege ferenda — darin gebe ich v. Bar (a. a. O. S. 19 Note 2 und anderwärts) vollkommen recht — wäre es zu billigen, wertlose Sachen und dgl. ausdrücklich als mögliche Objekte des Diebstahls etc. festzustellen und hiermit Konsequenzen der Eigentumsdeliktstheorie anzuerkennen. Denn die Volksansicht berücksichtigt bloss die Thatsache, dass einer wegen Diebstahls gestraft ist, nicht aber, dass er wegen Diebstahls an einer wertlosen Sache oder gegen Leistung eines vollen Äquivalents etc. bestraft wurde. Sagt doch selbst ein ebenso eifriger wie genialer Vertreter der Eigentumsdeliktstheorie (Heinze in seinem zit. Grundriss des Strafr. 1891 S. 114) u. a. folgendes: „Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist . . Diebstahl anzunehmen, wenn die Sache weggenommen wurde, um als Äquivalent für einen andern Anspruch zu dienen oder gegen Leistung voller Vergütung (rechtswidriger Tausch) oder unter Verhältnissen, wo der Verletzte ein Äquivalent für die entzogene Sache in einem gegen den Thäter bestehenden, von diesem gekannten und anerkannten realisierbaren Gegenanspruch hat. Mit dem im Volk lebenden Rechtsbewusstsein steht jedoch die Behandlung dieser Fälle als Diebstahl schwerlich im Einklang. Mindestens hätte das Gesetz mit Rücksicht darauf mildernde Umstände (Geldstrafe) zulassen sollen."

---

[3]) Es erscheint in hohem Grade bedenklich, „wenn das Gesetz einen von der in langer geschichtlicher Entwicklung festgehaltenen, sachlich wohl begründeten, in der Volksanschauung auch heut festgehaltenen Auffassung wesentlich abweichenden Diebstahlsbegriff konstruiert und damit den Richter nötigt, den als Dieb zu verurteilen, den die öffentliche Meinung nimmermehr als solchen betrachten wird". Hälschner II. 1 S. 295; dazu N. 2 ib.: „Dass der Richter den Mangel der Bereicherungsabsicht bei der Strafzumessung zu berücksichtigen habe, ist ein unzulänglicher Trost für den, der als Dieb verurteilt wird, ohne es zu sein." Cf. Lammasch l. c. S. 7; Stooss l. c. II. S. 67; Maschke l. c. S. 203.

(Cf. oben S. 165 N. 15.) Nicht einmal de lege ferenda darf man m. E. derartige Fälle als Diebstähle zu charakterisieren suchen, falls man nicht das ganze im Volksrechtsbewusstsein eingewurzelte Wesen des Diebstahls gewaltsam von Grund aus umzugestalten trachtet.

Zum Beweis für eine im Volk wurzelnde Ansicht — insoweit muss ich der herrschenden Theorie beipflichten — darf man sich freilich nicht bloss auf Kinder- und Ammenlieder berufen, denen es weniger auf den Sinn als auf den Reim und Tonfall ankommt. (So richtig v. Bar l. c. S. 14.) Eher könnten wir uns auf das Bemühen und Ringen der Praxis, gewisse Fälle namentlich vom Diebstahl zu eximieren, als eine Äusserung des Volksbewusstseins in unserm Sinn berufen.

Soll man auch keinesfalls die Richtigkeit einer Ansicht bloss aus ihren Konsequenzen prüfen, so liegen doch die aus der Eigentumsdeliktstheorie resultierenden Konsequenzen so nahe und sprechen so deutlich, dass wir uns es nicht versagen dürfen, darauf einzugehen.

Gebauer hat in seiner zit. Abhandlung S. 64 ff. den — m. E. vergeblichen — Versuch unternommen nachzuweisen, dass auch die Eigentumsdeliktstheorie weit genug sei, der Billigkeit Rechnung zu tragen.[4]) Aber damit wird von ihm nicht nur der bisher eingenommene Standpunkt verlassen, sondern derselbe zeigt sich gerade dadurch als ungenügend. „Der geringste in fremdem Eigentum stehende Gegenstand, ein Papierschnitzel, eine taube Nuss, eine blecherne Spielmarke, alles dies würde Objekt eines Diebstahls sein", und das Verzeichnis solcher Gegenstände liesse sich leicht noch vermehren. Trotzdem solle nach der Eigentumsdeliktstheorie in diesem Fall der Thäter nicht als Dieb etc. von Amtswegen verfolgt werden können. Wo steht aber davon etwas in den Worten des Gesetzes? — Wir sehen, und es kann schlechterdings nicht geleugnet werden, es ist — um mit Gebauers (l. c. S. 64) eignen Worten zu reden -- ein „plötzlicher Abfall" von der Eigentumsdeliktstheorie gerade in dem Augenblick, wo sich diese Theorie als unbestreitbar richtig erproben sollte, ein Abfall, der auch „mit den Worten des Gesetzes" nicht zu motivieren ist. Es ist vielmehr

---

[4]) Sehr bescheiden — um nicht zu sagen: Zweifel verratend — klingen die Worte eines andern Vertreters der Eigentumsdeliktstheorie, Lehrs l. c. S. 8: Bei Entwendungen wertloser Gegenstände werden in einer Reihe von Fällen (bloss? also nicht in allen!) die Bestimmungen des § 370 sowie diejenigen der landrechtlichen Gesetze über den Forst- und Felddiebstahl (und § 242 etc. R.Str.G.B.?!) zu einer mit der Volksüberzeugung übereinstimmenden Bestrafung führen. Vgl. Wirth S. 31 f.

ein bedenkliches Spielen „mit den Worten des Gesetzes", überall da, wo die Jurisprudenz gewisse „schreiende" Fälle vom Diebstahl etc. zu eximieren sucht, sich auf das Nichtvorliegen der Absicht rechtswidriger Zueignung bezw. des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit der Handlung zu berufen und je nach den Bedürfnissen der Billigkeit die Gesetzesworte in concreto anders auszulegen. So sagt denn selbst ein (allerdings gemässigter) Vertreter der herrschenden Theorie, Hälschner a. a. O. II. 1 S. 301 Note 3 i. f., ganz mit Recht: „Offenbar leugnet man ohne jeden zureichenden Grund die Zueignung selbst oder deren Rechtswidrigkeit, wo man den gegen das Rechtsgefühl verstossenden Konsequenzen entgehen will, die sich daraus ergeben, dass der Diebstahl Beschädigung und Bereicherungsabsicht nicht erfordern soll." Dieses Mittel, so einfach es erscheint, wird um so verkehrter dort, wo man die diebische Absicht und überhaupt das Bewusstsein von Rechtswidrigkeit der Handlung in einer Anzahl von Fällen geradezu als nicht vorhanden — präsumiert und für die bereits von vornherein feststehenden Resultate „einige nicht allzu kühn erscheinende Gründe" zusammensucht, um auf diese Weise solche Fälle „der der Logik nach scheinbar [oder vielmehr »offenbar«] unentweichlichen Verurteilung wegen Diebstahls abzuringen". (Cf. v. Bar a. a. O. S. 2.) — Statt so das subjekte Thatbestandsmoment des Diebstahls und der andern Vermögensdelikte als Handhabe und als wirksames Gegengewicht gegen die allzustrenge Anwendung der Eigentumsdeliktstheorie zu verwenden oder vielmehr zu missbrauchen, sollte man doch lieber eine Ansicht aufgeben, und sei es die herrschende. In derartigen Fällen soll nach Gebauers eigenen Worten „die begründete Annahme des Thäters, dass der Eigentümer nichts gegen die Aneignung haben werde," zur Ausschliessung einer Bestrafung wegen Diebstahls hinreichen: Gewiss ganz richtig, aber ein schönes Aushilfsmittel gegen sinnlose Verurteilungen wegen Diebstahls[5])[6]).

---

[5]) Vgl. Ruhstrat, Über die diebische Absicht, in der Zeitschr. f. d. ges. StR.W. I. S. 395 f.; Dickel l. c. S. 28 unten.

[6]) Birkmeyer sagte in s. Vorles. über Strafr. bezüglich des Dolus des Thäters bei den Vermögensdelikten: Handelt es sich um einen Angriff auf das Vermögen im Rechtssinn, so braucht sich der Thäter nichts weiter bewusst zu sein, als dass er in das Recht eines andern störend eingreife. Handelt es sich aber um einen Angriff auf das Vermögen im ökonom. Sinn, so muss der Angreifer wissen und wollen, dass er den Betrag des Vermögens des andern an Geldwerten verringere. Unter dieser

Während beim Diebstahl für Gebauer die Ausbeutung subjektiven Thatbestandsmerkmals sehr willkommen ist, „sprechen Paragraphen der Unterschlagung und Sachbeschädigung nicht von e: subjektiven rechtswidrigen Absicht, sondern [nur] von der objekti Rechtswidrigkeit des Zueignens und Beschädigens“. Statt nun einf wieder darauf hinzuweisen, dass der Thäter trotzdem nach den al meinsten Grundsätzen des Strafrechts im Bewusstsein der [objektiv Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise thätig sein muss[7]), wo wiederum das bisher Gesagte Anwendung fände, greift Gebau a. a. O. S. 67 auf § 59 St.G.B., „welcher den Irrtum über das V liegen von (objektiven) Thatbestandsmomenten als wesentlich, d. h. d Deliktsbegriff ausschliessend, hinstellt“, — ein Umweg, gegen des Richtigkeit allerdings keine Einwendung besteht, welcher jedoch Resultat nichts ändert und wofür das bereits Gesagte ebenso g Auch hier ist es verwerflich, dass erst von einer begründeten, we auch faktisch unrichtigen Annahme aus, es willige der Eigentümer e Straflosigkeit eintreten solle. „Durch die Wertlosigkeit des betreffen Gegenstands — sagt Gebauer weiter l. c. S. 67 — wird diese A nahme natürlich (also doch!) wesentlich gefördert“ — also dasse Resultat wie die Vermögensdeliktstheorie, nur auf bedenklichen U wegen durch das Medium des subjektiven Thatbestands![8]) — Wenn aber nun sogar nach Gebauer so „natürlich“ ist, dass infolge Wertlosigkeit des Handlungsobjekts Straflosigkeit eintritt, so liegt Frage nahe: Was ist es denn, das ihn bei diesem Zugeständnis n so stark an die Eigentumsdeliktstheorie fesselt? —

Beim Mundraub, sowie beim Feld- und Forstdiebstahl etc. fin das für den Diebstahl, die Sachbeschädigung etc. Gesagte anal Anwendung, obgleich — wie Gebauer l. c. S. 68 ganz verwund bemerkt — hier die Rechtswidrigkeit nicht einmal als objektives Me

---

Voraussetzung dürften Gebauers Fälle einer Verurteilung schlechterdings n entrinnen. Denn jeder Wegnehmende weiss, dass er mindestens ein forma Recht eines andern „verletzt“; und mehr braucht er ja (nach Birkmeyer!) n zu wissen.

7) Indem sich ja der Dolus auf sämtliche Thatbestandsmomente eines Del zu erstrecken hat. — So R.G.E. v. 21. April 80; Rechtspr. I. S. 640 f. etc.

8) Vgl. auch R.G.E. v. 14. Febr. 84 in d. Entsch. X. S. 120 ff., Li 1896 § 125 S. 415 N. 3 a. E., Olshausen § 303 N. 1.

mal erwähnt wird. Recht bezeichnend aber für die Willkür, mit der Gebauer das subjektive Thatbestandsmerkmal des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit bald annimmt, bald ausschliesst, ist der letzte Satz auf S. 68 seiner Schrift: „Allerdings wird man hier (sc. wo ein wenig Moos ohne jeglichen Wert aus einem Wald genommen wird), da es sich leicht um einen von vornherein gar nicht voraussehbaren Schaden am Waldbestand handeln dürfte (?), welcher auch im gemeinen Interesse besonders ängstlich vermieden werden muss, gegebenen Falles sich nicht scheuen dürfen, auch trotz des vorliegenden Mangels des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit auf Strafe zu erkennen.“ Kann man unter diesen Umständen den Boden, auf dem sich die Eigentumsdeliktstheorie aufbaut, noch als sicheren bezeichnen? —

Auch beim Munitionsdiebstahl (§ 291) hält Gebauer l. c. S. 67 f. die Berufung darauf, man „habe die Einwilligung des Staates in die Wegnahme der Munition vorausgesetzt“, in der Regel für unzulässig. Gleichwohl verlangt § 291 die „widerrechtliche“ Zueignung, und es hat sich der Dolus auch auf dieses Requisit zu erstrecken. Sollte daher der Thäter sich nicht wohl mit Erfolg darauf berufen können, er habe die betr. Bleikugeln u. s. w. für wertlos und infolgedessen derelinquiert angesehen? Würde die Eigentumsdeliktstheorie auch derartige Entwendungen nicht ungestraft lassen? —

Ja, ich würde sogar — wie gesagt — nicht bloss die Entwendungen objektiv vollständig wertloser Gegenstände, sondern — das soll an dieser Stelle nebenher erwähnt werden — auch die Entwendung von wertvollen (d. h. nicht ganz wertlosen) Objekten ungestraft lassen, vorausgesetzt, dass sie der Thäter für wertlos betrachtet hat und diese Annahme nach der thatsächlichen Voraussetzung des einzelnen Falls nicht völlig haltlos und unbegründet war. In dem gleichen Sinne äussert sich Olshausen (Komm. II. § 242 N. 12): „Eine andere Frage ist, ob nicht die Annahme einer »vollkommenen« Wertlosigkeit . . . den Dolus oder gar die Zueignungsabsicht ausschliesse“, sowie Schütze, Lhrb. S. 430 N. 8 i. f.: „Wer eine vermeintlich derelinquierte . . ., wer eine Sache wegnimmt, während er die Genehmigung des Inhabers oder die vollkommene Wertlosigkeit der Sache (hier ist gewöhnlich auch Zueignungsabsicht nicht vorhanden) voraussetzt, ist nicht Dieb.“ (Vgl. auch Urt. des k. Oberlandesger. München v. 2. Dez. 1887 in der Sammlung der Entscheidungen dieses Gerichts in Gegenständen des Strafr. und Strafprozesses IV. S. 546 ff.)

Wenn die herrschende Theorie auch in manchen Fällen durch den Hinweis darauf, dass in concreto der Dolus des Thäters nicht vorliege, bezw. dadurch, dass sie — was wir oben als das Bedenklichste gekennzeichnet haben — das Nichtvorliegen des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit u. dgl. geradezu präsumiert, immerhin zu Resultaten kommen mag, welche dem natürlichen Rechtsgefühl nicht zuwiderlaufen und zu denen auch die Vermögensdeliktstheorie gelangte, so reicht doch jenes Aushilfsmittel der herrschenden Meinung durchaus nicht überall hin, um augenscheinlich ungerechte Urteile zu verhüten. Um weitere abstrakte Erörterungen zu vermeiden, setzen wir folgenden Fall: A nimmt mehrmals dem B, einem guten Bekannten, einen wertlosen Zigarrenstummel aus dem Aschenbecher weg, um ihn selbst zu rauchen. A weiss, dass B dies nicht dulden will, jedoch nicht wegen des Zigarrenstumpfes, an dem B gar kein Interesse hat, sondern weil es ihn unangenehm berührt, wenn fremde Leute es sehen sollten, wie sein intimer Freund A von andern abgelegte Zigarrenstummel raucht. B verbietet deshalb dem A ausdrücklich, ihm die Zigarrenstummel wegzunehmen und zu rauchen, die er aus demselben Grund nicht mehr auf den Aschenbecher legt, um sie dadurch etwa zu derelinquieren, sondern einsteckt u. dgl. Gleichwohl entwendet ihm A bei der nächsten Gelegenheit wieder einen Stummel. Wie qualifiziert sich dieser Fall vom strafrechtlichen Standpunkt aus?

1. Abgesehen von einer Realinjurie, wofür jedoch die gemachten thatsächlichen Angaben nicht völlig genügen dürften, liegt nach der natürlichen Rechtsüberzeugung sowie nach der Vermögensdeliktstheorie kein Vermögensverbrechen, speziell kein Diebstahl vor. Denn es fehlt an dem Moment der Schädigung fremden Vermögens ebensowohl wie an einer dahin gehenden Absicht bezw. einem solchen Vorsatz; und insbesondere kein Diebstahl deshalb, weil das Moment der Bereicherung zum Nachteil des Bestohlenen hier entfällt.

2. Die Eigentumsdeliktstheorie hingegen muss zweifelsohne wegen Diebstahls verurteilen, weil nach unsrer species facti die Annahme einer Einwilligung des Berechtigten etc. auf Seiten des Thäters, wodurch dessen Dolus ausgeschlossen würde, unzulässig ist. Auf welche andre Weise die Eigentumsdeliktstheorie obigen Thatbestand vom Diebstahl eximieren will, ist nicht abzusehen. Daraus resultiert, dass das subjektive Thatbestandsmoment des Diebstahls, der Sachbeschädigung und der verwandten Delikte keine genügende Handhabe

und kein wirksames Gegengewicht ist gegen die allzustrenge Durchführung der Eigentumsdeliktstheorie. Vielmehr ist es ein Leichtes, gerade an derartigen Fällen aus dem täglichen Leben und unter Heranziehung des natürlichen Rechtsgefühls zur Vergleichung mit den Resultaten und Konsequenzen der Eigentumsdeliktstheorie diese ad absurdum zu deducieren.

Einen andern Fall zitiert v. Bar a. a. O. S. 18: A holt trotz Verbots des Eigentümers aus dessen Brunnen Wasser. Der Eigentümer, der sich hierüber ärgert, beantragt deshalb, als A gleichwohl wieder pumpt, Bestrafung wegen Diebstahls. Die Vermögensdeliktstheorie würde mangels einer Verletzung oder auch nur Gefährdung fremden Vermögens einerseits und einer auf einen Vermögensvorteil gerichteten Absicht andrerseits der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes entsprechend den Antrag in der Regel ablehnen; die Eigentumsdeliktstheorie müsste ihm unter den gegebenen Verhältnissen prinzipiell und ohne Rücksicht auf die Vermögensbeschädigung u. s. w. bezw. den Mangel der bezeichneten Momente stattgeben. (Weitere Fälle s. u. a. bei v. Bar l. c. S. 20 f.)

Dass solche und ähnliche Beispiele in der That praktisch werden, beweist folgende kürzlich im Morg.-Bl. der „Münch. N. Nachr." v. 7. Nov. 1896 S. 2 stehende Notiz: „Eine sonderbare Anklage beschäftigte dieser Tage das Mainzer Schöffengericht. Ein junges Mädchen, das in dem Arresthause eine kurze Strafe zu verbüssen hat, stand unter der Anklage, aus dem Zimmer des Verwalters ein paar Tropfen Tinte mitgenommen zu haben, um mit den anderen Insassen des Gefängnisses zum Zeitvertreib Karten zu bemalen. Das Gericht erkannte aber auf Freisprechung, da der Wert der entwendeten Tinte nicht einmal in Reichspfennigen auszudrücken sei."

Während nach den bisherigen Ausführungen das allgemeine und natürliche Rechtsbewusstsein des Volkes offenbar für die Vermögensdeliktstheorie spricht und dies ja selbst von Vertretern der Eigentumsdeliktstheorie anerkannt wird[9]), ist es wenigstens einigermassen überraschend, wenn Gebauer, der im übrigen auf eine allgemeine Volksansicht in unserm Fall kein grosses Gewicht legt, doch gelegentlich dieselbe für seine Auffassung zu vindizieren sucht[10]). Er führt nämlich

---

[9]) So Heinze l. c.; v. Lilienthal in d. Zeitschr. XV. S. 322 f.

[10]) Cf. Lehr a. a. O. S. 8 (S. 226 N. 4 dsr. Abhdlg.).

a. a O. S. 84 f. den Fall an, dass nach der Vermögensdeliktstheo der, welcher jeden Tag eine Beere (ohne jeden Wert) aus dem Gar seines Nachbarn trotz dessen Verbots „gestohlen“ hat, straflos ausgel würde, während die Eigentumsdeliktstheorie durch nichts gehind werde, jenen der allgemeinen Volksansicht entsprechend zu verurteilen. Die Entscheidung dieses echten Schulfalls, der wohl niemals praktis werden dürfte, bedarf jedoch einer Präzision.

Die Vermögensdeliktstheorie wird allerdings denjenigen wec aus § 242 bzw. § 243,2 noch aus § 370,5 verurteilen, welcher ei mal eine — wie festgestellt — wertlose Beere entwendet hat. H er jedoch mehrmals dies gethan und sind auch im übrigen seine ei zelnen Wegnahmen als fortgesetztes Verbrechen zu erachten und unt den juristischen Begriff der Deliktseinheit zu bringen, so entsteht d Frage, ob der Gesamtwert oder die Gesamtmenge der durch fortgesetzt Delikt entwendeten Gegenstände derartige sind, dass von einem Ve mögensschaden auf der einen und einem Vermögensvorteil auf de andern Seite die Rede sein kann bzw. dass — unter anderm Gesicht punkt — der Gesamtwert als ein unbedeutender oder die Gesam menge als eine geringe im Sinne des § 370,5 zu beachten ist. J nach diesen thatsächlichen Verhältnissen hat Straflosigkeit des Thäte oder Bestrafung wegen gemeinen Diebstahls oder wegen Genussmitte entwendung einzutreten.

So erklärt auch das Reichsgericht in seinen Entsch. I. v. 26. Apr. 188 [Entsch. XVII. S. 333] und II. v. 7. März 1893 [Entsch. XXIV. S. 3 beim fortgesetzten Verbrechen den Gesamtwert oder die Gesamtmen für ausschlaggebend. Desgleichen ist nach H. Meyer S. 42 564, Olshausen II. § 370 Z. 5 sub f. (4. Aufl. 92 S. 1365, 2. Au S. 1315), Lehr, zit. Diss. S. 32, der Gesamtbetrag der entwendet Gegenstände zu Grunde zu legen.[11]) — Entgegengesetzter Ansic

---

[11]) Das ungarische St.G.B. über Verbrechen und Vergehen (Ges.-Art. V. 18 sagt in § 335 ausdrücklich: „Bei der Entscheidung darüber, ob der Diebstahl Verbrechen oder ein Vergehen bildet, ist der Wert aller derjenigen Sachen zusamm in Betracht zu ziehen, welche der betreffende Thäter bei verschiedenen Diebstähl gestohlen oder bei Diebstahlsversuchen zu stehlen versucht hat oder an der Entwendung er teilgenommen hat.“ Der am 18. Mai 92 dem ungar. Abgeordnete hause vorgelegte Gesetzentwurf betr. die Abänderung des ungarischen St.G.Bs. s hinsichtlich des § 335 bezw. dessen Inhalts im wesentlichen dasselbe, trotzdem Wortlaut verschieden ist. (Cf. L. Gruber im Gerichtss. 47. Bd. (1892) S. 36

sind A. Friedländer, Der Mundraub, Zeitschr. f. d. ges. St.R.W. XI. S. 412; v. Liszt, Lehrb. 1892: S. 408 N. 7, 1896: S. 432 N. 8 i. f.; Schwarze, Komm. zu § 370,5 (5. Aufl. 1884: S. 964, 4. Aufl. 1879: S. 824); Olshausen II. in der 1. Aufl. 1883 S. 1306 zu § 370,5 N. 4d. Die Berücksichtigung des Gesamtwerts geschehe — wie Friedländer l. c. S. 412 betont — mit Unrecht und unter Verkennung der Natur des fortgesetzten Verbrechens. Das fortgesetzte Verbrechen sei keine natürliche Handlungseinheit, sondern eine Mehrheit natürlicher Handlungseinheiten, die zu einer künstlichen juristischen Einheit zusammengefasst sind. Wegen der Gleichartigkeit der Schuld (der Körperbewegung, des Erfolgs etc.) werden die verschiedenen Fälle zur Einheit zusammengehalten. — Es würde sicherlich zu weit führen, wollte ich an dieser Stelle auf die juristische Struktur des fortgesetzten Verbrechens oder überhaupt der sog. Deliktseinheit eingehen. Nur soviel sei gesagt! Die Motivierung Friedländers ist nicht durchschlagend[12]. Sie führte zu Resultaten, die weder im Sinne des Gesetzes noch des allgemeinen Rechtsbewusstseins zur rechtfertigen wären.

Aus diesen Erwägungen halte ich die Behauptung Gebauers a. a. O. S. 84 f. für gänzlich unbegründet, die Vermögensdeliktstheorie müsse entgegen der allgemeinen Volksüberzeugung denjenigen straflos

---

[12]) Doch soll hiermit nicht in Abrede gestellt werden, dass der Mundraub ebenfalls sehr wohl in der Form des fortgesetzten Verbrechens prinzipiell denkbar sei. Dem Erfordernis zur Annahme eines solchen ist aber noch nicht genügt, wenn für jedes einzelne Mal, für jeden einzelnen Entwendungsakt, der alsbaldige Verbrauch und nicht die Aufbewahrung etc. beabsichtigt ist, sobald Wert bezw. Menge des Entwendeten im ganzen das vom Gesetz aufgestellte Mass überschreiten. (Contra: Friedländer l. c. S. 416.) Es ist daher eine Frage thatsächlicher Feststellung, ob von Mundraub noch die Rede sein könne, wenn der Thäter von vornherein die öftere (die Anzahl der Fälle ist nur insofern von Belang, als der Gesamtwert bezw. die Gesamtmenge des Entwendeten hiervon abhängen kann) Wiederholung in Aussicht genommen und ausgeführt hat. Die Frage wird grundsätzlich bejaht von Friedländer a. a. O. und den dortselbst zit.: Kah, Hahn, Entsch. Stuttgart v. 3. Apr. 72 [v. Kübel, Württemb. G.Bl. VI. 21]; verneint von Geyer, Grundriss II. S. 54 Z. 7, Oppenhoff § 370,5, welch letzterer jedoch l. c. N. 22 eine Mehrheit selbständiger Entwendungen der fraglichen Art, selbst wenn sie aus einem einheitlichen Entschlusse hervorgingen, überhaupt nicht als „fortgesetztes" Verbrechen ansieht, da die entgegengesetzte Auffassung leicht dahin führen könnte, dass § 370,5 ausgeschlossen und §§ 242 ff. anwendbar würden. Vgl. auch Oppenhoff § 74 No. 3 ff. Gegen Oppenhoffs Ansicht: Sammlg. d. Entsch. des obersten Gerichtshofs für Bayern IX. 27 (v. 17. Jan. 79) u. a.

lassen, „welcher täglich einige für sich allein geldunwerte [ob eine Mehrzahl noch als wertlos zu erachten ist, ist Thatfrage] Kirschen oder Stachelbeeren aus dem Garten seines Nachbarn ungeachtet jeden Widerspruchs wegnimmt, mag auch die Gesamtheit der gestohlenen Objekte schliesslich einen nicht unbeträchtlichen Wert erreichen". Vielmehr steht die allgemeine Rechtsüberzeugung des Volkes durchaus auf Seiten der Vermögensdeliktstheorie.

Es ist ein ebenso bedeutsames als bedenkliches Phänomen, wenn die deutsche Rechts- und insbesondere Strafrechtswissenschaft zeigt, dass ihr die Auffassung des Rechts seitens der röm. Juristen als einer „ars boni et aequi" unbekannt zu sein scheint, dass sie den richtigen und wichtigen Satz der röm. Quellen: „Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem" nicht anzuwenden weiss, — und zwar in einer Zeit, wo man sich über römische Rechtsweisheit hinwegsetzen zu dürfen glaubt, wo man das röm. Recht verdammt als ein blosses „Recht reicher Leute", in einer Zeit endlich, die reich an gesetzgeberischen Erzeugnissen ist. Wie viel könnte noch aus dem röm. Recht gelernt werden, ehe sich dieses wirklich überlebt hätte! —

Ja, dem vorurteilslosen und unparteiischen Betrachter könnte es fast vorkommen, als habe die Wissenschaft sich selbst zum besten, wenn ein ebenso eifriger und energischer Vertreter der Eigentumsdeliktstheorie als abgesagter Feind der Vermögensdeliktstheorie (v. Liszt in der Zeitschr. VIII. S. 138) die Behauptung aufstellt und m. E. durchaus zutreffend betont: „Das Strafrecht war niemals mehr von dem Verfall in Formalismus bedroht als in diesem Augenblicke." Klingen diese Worte, die eine allerdings traurige Wahrheit verkünden, wie aus dem Munde eines Vertreters der Eigentumsdeliktstheorie gesprochen, jener Theorie, die, um mit Ihering zu reden, zum „Formalismus" und zur „Transcendental-Jurisprudenz"[13]) führt?

Weil ich fest davon überzeugt bin, dass alles Recht und alle rechtlichen Institutionen bloss um der Menschen willen, die sich das positive Recht ja selbst geschaffen, da sind[14]), dass das menschliche

---

[13]) So nämlich nennt Ihering, Jahrb. XXIII. a. a. O. S. 242 die Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes auf ganz wertlose Sachen. Andre, wie **Merkel**, reden diesfalls von „Strohhalmaffairen".

[14]) Vgl. u. a. S. 94 N. 9.

Dasein das Rechtsgut κατ' ἐξοχὴν ist, dass sein Schutz ausnahmslos das letzte und höchste Ziel der Rechtsordnung sein muss, halte ich jene Formaljurisprudenz für durchaus verwerflich. Nur bei ihr und durch sie hat der Satz leider eine so grosse Ausdehnung und Tragweite gefunden, dass summum ius summa iniuria ist, m. a. W. dass wir ein Recht besitzen, das man nicht in seine Konsequenzen verfolgen darf, wenn aus ihm kein Unrecht, nicht summa iniuria werden soll.


Gebrüder Böhm, Kattowitz.

Die Strafbarkeit

des

Stimmenkaufes im Aktienrecht.

(Art. 249e H. G. B's.)

Von

Dr. jur. Heinrich Jordan.



BRESLAU 1897.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
Franck & Weigert.)
(Inhaber: A. Kurtze.)

Zum Druck empfohlen von
Geheimrat Prof. Dr. **von Liszt.**

Seinem lieben Vater und seinen lieben Onkeln,

den Inhabern der Firma

Heinrich Jordan,

in Treue und Verehrung zugeeignet.



Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Als durch die Novelle vom 11. Juni 1870 die staatliche Genehmigung für die Errichtung von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien beseitigt wurde, verhehlten sich die gesetzgebenden Faktoren nicht,[1]) dass mit dem Fortfall der staatlichen Genehmigung leicht eine Periode des Aktienschwindels eintreten könne. Diese Annahme bestätigte sich in weit höherem Masse, als man befürchtet hatte. Denn gerade unter der Herrschaft des Gesetzes vom 11. Juni 1870 nahm der Aktienschwindel in Deutschland eine ausserordentliche Höhe an und führte im Mai 1873 zu dem sogenannten Krach, dessen Folgen sich noch lange fühlbar machten. Die Bestimmungen der Novelle erwiesen sich als nicht ausreichend für den erhofften Schutz und bedurften mithin einer Verschärfung und Erweiterung.

Die richtigen Grundgedanken waren allerdings schon in der Novelle von 1870 vorhanden, nur hatten sie hier nicht ihre vollständige Entwickelung gefunden. Deshalb behielt das neue Gesetz vom 18. Juli 1884, zu dem die ersten Anfänge schon im Jahre 1873 gleich nach der grossen Krisis liegen, das System gesetzlicher Normativ- und Kautelar-Vorschriften, welches in der Novelle von 1870 seinen Ausdruck gefunden hat, bei. Die Fortbildung und den sorgfältigen Ausbau des bisher geltenden Rechtes suchte das neue Gesetz hauptsächlich dadurch zu erreichen, dass es auf die verschiedenste Art einen engen Anschluss aller an der Gesellschaft Beteiligten an das Unternehmen herstellte.[2])

[1]) Motive zu der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870, S. 650.

[2]) Motive zum Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, allg. Begründung, § 3 i. f.

Aus dieser Absicht heraus entstanden einmal die neuen Vorschriften über die Aktie, z. B. die gesetzliche Fixirung des Minimalbetrages, die gleiche Behandlung der verschiedenen Aktiengattungen bei der Abstimmung, ferner die erhöhte Haftbarkeit aus der Zeichnung, indem die beliebige Liberirung resp. Kaduzirung der Aktien durch die Gesellschaft verboten wurde. Auch sollten die Bestimmungen über die Sicherung und Oeffentlichkeit des vollständig und richtig zusammengebrachten Grundkapitals, über das Hervortreten der Gründer, über die Abgrenzung der Funktionen von Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung und über die deutliche Erkennbarkeit der gesellschaftlichen Geschäftslage eine sachliche Prüfung des Gründungshergangs und die Entschliessung durch den Aktionär ermöglichen und während des Geschäftsbetriebs eine lebendigere Teilnahme und Kontrolle des einzelnen Gesellschafters herbeiführen. Besonders eng verband das Gesetz einzelne Personen mit der Gesellschaft dadurch, dass es für ihr Thun und Lassen eine scharfe zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit statuirte. Eine solche wurde geschaffen in erster Linie für die bei der Gründung des Unternehmens unmittelbar und mittelbar Beteiligten, sowie für die mit der Verwaltung und Beaufsichtigung betrauten Personen.

Aber nicht bloss die Thätigkeit der Gründer, der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, der Liquidatoren, d. h. derjenigen Personen, welche eine gewisse Vertrauensstellung in der Gesellschaft geniessen, wurde einer scharfen Kontrolle unterworfen, sondern auch anderen Personen wurden bestimmte, aus unlauteren Motiven hervorgehende gesellschaftsgefährliche Massnahmen, welche durch die Vorschriften des gemeinen Strafrechts nicht getroffen wurden, durch eine Reihe von Bestimmungen bei Strafe verboten. Vor allem gehören hierher diejenigen Strafandrohungen, welche der Fälschung des Mehrheitswillens vorbeugen sollten. Der Mehrheitsbeschluss der Aktionäre in der Generalversammlung ist ein eminent schutzwürdiges Rechtsgut, weil die Kundgebung der Generalversammlung den Willen der Societät repräsentirt, und der Beschluss mithin, wenn er nicht erfolgreich angefochten werden kann, zwingend gegen die überstimmten, sowie die nicht erschienenen Aktionäre wirkt. Wird er gefälscht, so wird dadurch in die Rechtssphäre aller übrigen Aktionäre verletzend eingegriffen.

Mit seinen auf den Schutz des Mehrheitswillens gerichteten Vorschriften folgt das deutsche Gesetz dem Vorbild des französischen, belgischen und österreichischen Rechtes, welche aus denselben Erwägungen sowohl diejenigen mit Strafe bedrohen, welche auf Grund fremder Aktien ein Stimmrecht dadurch ausüben, dass sie sich fälschlich als Eigentümer ausgeben, als auch diejenigen, von denen sie die Aktien erhalten haben. Die Novelle von 1884 enthält im Art. 249d Abs. 3 und im Art. 249f ganz ähnliche Bestimmungen, wie die erwähnten ausländischen Rechte. In Uebereinstimmung mit ihnen will sie verhindern, dass jemand mit fremden Aktien ein Stimmrecht dadurch ausübt, dass er sich als stimmberechtigt ausgiebt und zwar im Art. 249d mittelst Fälschung der zum Stimmen erforderlichen Bescheinigung, im Art. 249f auf Grund des unbefugten oder gegen Entgelt erworbenen Gebrauchs der Aktie.

Nicht in's Auge gefasst wird von den übrigen europäischen Aktienrechten der im Art. 249e vom Deutschen Recht mit Strafe bedrohte Fall, dass ein Stimmberechtigter gegen besondere Vorteile mit seinen ihm rechtmässig zustehenden Aktien im Sinne eines Dritten zu stimmen verspricht. Auch ein solcher Verkauf des freien Dispositionsrechts durch den Aktionär widerstreitet dem Wesen der Gesellschaft, deren wahrer Wille in der Generalversammlung zum Ausdruck kommen soll. Denn er gefährdet den Mehrheitsbeschluss, weil sich der Aktionär präsumtiv nicht durch das Interesse der Gesellschaft, sondern lediglich durch die gewährten oder versprochenen Vorteile leiten lässt.

Es soll nun die Aufgabe der folgenden Abhandlung sein, den Thatbestand des Art. 249e H. G. B's. näher zu untersuchen.

§ 1.

Der deliktische Thatbestand des Artikels 249e H. G. B's.

Inhaltsangabe des § 1.

Das Delikt aus Art. 249e ist vollendet mit dem blossen Versprechen einer bestimmten Abstimmungsart ohne Rücksicht auf die wirklich erfolgte Abstimmung selbst. Dies folgt aus dem Wortlaut, aus dem Zweck der Vorschrift, praktischen Gründen, dem analogen § 213 K. O. und den §§ 109, 331, 332, 334 Abs. 1 Str. G. B's. Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht Puchelt's.

Die erste grundlegende Frage, welche erörtert werden muss, lautet dahin: Welches ist der deliktische Thatbestand im Art. 249e, was will der Gesetzgeber unter Strafe stellen?

Bestraft wird derjenige, welcher sich besondere Vorteile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, dass er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung von Aktionären oder Kommanditisten in einem gewissen Sinne stimme. Das Gesetz hebt also ausdrücklich hier nur das Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen von Vorteilen zu einem bestimmten Zweck, nicht das thatsächlich erfolgte Abstimmen hervor.

Dass sich der Wortlaut des Gesetzes mit dem wahren Willen des Gesetzgebers deckt und dass dieser nicht etwa weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, folgt aus den Motiven, die bemerken: „Als unlauter und im Hinblick auf die Zwangsnatur des Mehrheitsbeschlusses als strafbar erscheint schon, dass der Aktionär seine Stimme hat kaufen lassen."[1]) Dieser Satz, der einer einschränkenden Auslegung der Gesetzesworte entgegensteht, beweist mit voller Klarheit, dass schon das Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen der Vorteile bestraft werden soll.

Das energische Vorgehen, welches der Gesetzgeber gegenüber dem Aktionär hier an den Tag legt, rechtfertigt sich schliesslich auch aus praktischen Gründen.

Legt man den Art. 249e so aus, wie vorstehend geschehen, so haben wir es hier mit einem Fall zu thun, in dem der Gesetzgeber mit der Strafandrohung nicht erst wartet, bis eine Rechtsgüterverletzung erfolgt ist, vielmehr wird schon die blosse Rechtsgütergefährdung unter Strafe gestellt, und dies deshalb, weil „die nahe Möglichkeit und damit die begründete Besorgnis gegeben ist, dass der Eintritt der Verletzung erfolgen werde."[2]) Der Gesetzgeber wartet nicht die Fälschung des Mehrheitswillens, den schädigenden Erfolg ab, sondern bestraft schon das Sich-gewähren- oder versprechen-lassen besonderer Vorteile, die Gefährdung des Gesellschaftsinteresses, und zwar aus folgendem Grunde:

---

[1]) Motive zum Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, zu Art. 249e.

[2]) Siehe hierzu v. Liszt. Lehrbuch 7. Aufl., S. 104. Vgl. auch die etwas abweichende Fassung bei B. Freudenthal. Die Wahlbestechung, Heft 1, dieser Abhandlungen, Breslau 1896, S. 44.

Ist die Möglichkeit eines strafrechtlichen Einschreitens vor erfolgter Abstimmung gegeben, so wird der Stimmenverkäufer, sei es, dass das Strafverfahren durchgeführt, sei es, dass es auch nur eingeleitet ist, kaum mehr wagen in der Generalversammlung nach gegebener Anordnung thatsächlich noch zu stimmen. Zu einem solchen Grade von Scham- und Ehrlosigkeit wird er um so weniger sich herbeilassen, als sein unlauteres Abstimmen völlig zwecklos sein würde. Denn ist einmal erst der Eintritt der strafrechtlichen Verfolgung unter den Gesellschaftsmitgliedern bekannt geworden, so wird kein durch den Beschluss in seinen Interessen verletzter Aktionär mit der Anstrengung der Anfechtungsklage aus Art. 190a zögern, welche sich nunmehr ohne alle Schwierigkeit substantiiren lässt. Der Gesetzgeber erreicht also dadurch, dass er bereits die Gefährdung des Gesellschaftsinteresses unter Strafe stellt, den praktischen Erfolg, dass in allen denjenigen Fällen, in welchen der Stimmenkauf vor der entscheidenden Generalversammlung zur Kenntnis der Behörden gelangt, der treulose Aktionär für die Gesellschaft unschädlich gemacht wird.

Aber noch aus einem andern Grunde musste der Gesetzgeber bereits das Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen der besonderen Vorteile ohne Rücksicht auf die thatsächlich erfolgte Abstimmung unter Strafe stellen. Voraussetzung für ein gedeihliches Wirken der Gesellschaft ist, dass in der Generalversammlung der wahre Wille der Societät zum Ausdruck kommt. Dies ist nur möglich, wenn jeder Aktionär beim Stimmen lediglich die Gesellschaftsinteressen im Auge hat. Es widerstreitet daher dem Wesen der Gesellschaft, wie die Motive sagen, wenn ein Aktionär sich besondere Vorteile dafür gewähren oder versprechen lässt, dass er in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimmt. Denn „präsumtiv lässt ein solcher Aktionär sich bei seiner Abstimmung nicht durch das Interesse der Gesellschaft, sondern lediglich durch den gewährten oder versprochenen Vorteil leiten“.[1]) Er ist deshalb von dem Standpunkt aus, den der Gesetzgeber zum Schutze der Aktiengesellschaft einnehmen zu müssen glaubt, strafwürdig mit dem Augenblick, in welchem er die feindliche Gesinnung durch die Annahme der besonderen Vorteile zeigt; denn dann hat er bereits

[1]) Motive, l. c.

das eigentliche Vergehen gegen die Societät vollendet, demgegenüber seine späteren Handlungen nur als blosse Folgen anzusehen sind. Von dem Moment der Annahme der Vorteile an ist der gesellschaftsfeindliche Charakter des Aktionärs mit hinlänglicher Deutlichkeit zu Tage getreten, so dass durch Androhung, resp. Vollzug der Strafe die „Kräftigung der erschütterten Hemmungsvorstellungen“[1]) die Motivsetzung für ein gesellschaftsfreundliches Verhalten notwendig erscheint. Ob es sodann wirklich zur Abstimmung kommt oder nicht, was von allerlei Zufälligkeiten abhängen kann, ist ein sekundärer, für den zu erreichenden Strafzweck gleichgültiger Umstand.

Weiter spricht für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht auch die Analogie mit § 213 K. O., der, wie die Motive[2]) sagen, dem Artikel 249e durchweg gleichartig ist. Die Motive[3]) zu § 213 K. O. beginnen sofort mit folgenden Worten:

„Unlauteres Verhalten des Gläubigers im Konkursverfahren trifft § 213. Derselbe beschränkt sich auf die Strafbarkeit eines sog. Stimmenkaufes, welcher ein notwendiges Korrelat ist zu der Möglichkeit, dass ein Gläubiger durch seine Abstimmung auf die Rechte der übrigen Gläubiger zwingend einwirkt.“ Hier bringen also die Motive ebenfalls expressis verbis zum Ausdruck, dass schon der blosse Stimmenkauf vom Gesetzgeber für strafbar erachtet wird.

Übrigens folgt auch das Reichsgericht dieser Auslegung, indem es ausführt: „Der Thatbestand des § 213 K. O. vollendet sich, wo es sich wie hier um ein „Versprechenlassen“ handelt, dadurch, dass das Versprechen für die zukünftige Abstimmung abgegeben und von dem Konkursgläubiger angenommen wird unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zusicherung der Art der Abstimmung.“[4]) Dieser Satz auf den analog liegenden Artikel 249e H. G. B's. angewendet, ergiebt das Resultat, dass der Deliktsthatbestand bereits mit der Annahme der besonderen Vorteile in vollem Umfange verwirklicht ist.

Ferner beweist auch die Heranziehung einiger analog liegender Bestimmungen aus dem Reichs-Strafgesetzbuch, dass der thatsäch-

---

[1]) v. Liszt, S. 52, III, 3a.
[2]) Motive, l. c.
[3]) Motive zur Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877, zu § 213.
[4]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 122.

lich vollzogene Akt der Abstimmung selbst kein Begriffsmerkmal des Art. 249e H. G. B's. bilden kann. Zunächst gehört hierher § 109 Str. G. B's., der das Kaufen oder Verkaufen einer Wahlstimme in einer öffentlichen Angelegenheit unter Strafe stellt. Es ist dies der einzige Paragraph des Strafgesetzbuches, der sich analog dem Art. 249e mit dem Stimmenkauf unmittelbar beschäftigt.

Hier nun wird allein die entgeltliche Veräusserung der Wahlstimme mit Strafe bedroht, also bereits die Gefährdung des öffentlichen Interesses, und es wird nicht mit der Bestrafung gewartet bis zur Abgabe der Stimme, d. h. dem die Öffentlichkeit schädigenden Erfolge. Das Vergehen des Stimmenkäufers im Strafgesetzbuch ist vollendet mit der blossen Willensübereinstimmung der Kontrahenten behufs Entäusserung der Wahlstimme.[1])

Ferner sind nicht unwesentlich für eine richtige Auslegung des Art. 249e H. G. B's. auch die §§ 331, 332, 334 Abs. 1 Str. G. B's., welche die Beamtenbestechung regeln und die deshalb bei Beurteilung unserer Frage herangezogen werden können, weil in ihnen analog mit Art. 249e die passive Bestechung behandelt wird. In den oben erwähnten Paragraphen wird nun derjenige Beamte mit Strafe bedroht, der Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen lässt, sei es für eine an sich nicht pflichtwidrige Handlung (§ 331), sei es für eine solche, welche die Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält (§§ 332, 334 Abs. 1). Um hierbei von vornherein auszuschliessen, dass zur Vollendung des Thatbestandes die Ausführung der betreffenden Handlung gehört, sagen die Motive zu § 332: „Für die Erfüllung des Thatbestandes ist nicht erfordert worden, dass die versprochene oder geforderte Pflichtverletzung auch wirklich begangen sei".[2])

Auch spricht die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Paragraphen dafür, dass die blosse Annahme der besonderen Vorteile strafbar sein soll. Der Antragsteller zu § 334, Bähr, be-

---

[1]) Vgl. v. Liszt, S. 559, Olshausen, zu § 109, A. 2 und 3; Oppenhoff zu § 109, A. 4; Hälschner, S. 787; v. Schwarze, zu § 109, A. 5; Drenkmann, Ueber das Wahlvergehen in Goltdammer's Archiv XVII, S. 148; Geyer, S. 134; Freudenthal, Die Wahlbestechung, Heft 1 dieser Abhandlungen, Breslau 1896, S. 45. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX, S. 198 und Bd. XVII, S. 298.

[2]) Motive zum Reichsstrafgesetzbuch, S. 147.

merkte im Reichstag[1]): „Der Richter ist dann schon der Bestechung schuldig, wenn er überhaupt Geschenke oder Vorteile angenommen hat, welche ihm, um auf seine richterliche Thätigkeit einzuwirken, gegeben werden. Wenn der Richter Geschenke genommen hat, so mag er ausjudiziren wie er will, er ist ein bestochener Richter.“

Es ergiebt sich also: Die Delikte aus den §§ 331 ff. sind vollendet, wie dies ja auch nach dem klaren Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen keinem Zweifel unterliegen kann, sobald der Bestochene die Geschenke angenommen hat, und nicht erst mit der Ausführung der hierbei verheissenen Handlung. Es rechtfertigt sich somit der Schluss, dass der analogen Bestimmung des Handelsgesetzbuches kein anderer Deliktsthatbestand als dem Strafgesetzbuch zu Grunde liegt, d. h., dass der bestochene Aktionär schon vor der Abstimmung in der Generalversammlung strafbar ist.

Gegenüber dieser — übrigens herrschenden — Ansicht, dass das blosse Entgegennehmen von Vorteilen bereits Deliktsthatbestand des Art. 249e ist, behauptet eine Anzahl von Schriftstellern[2]) die Strafbarkeit des Aktionärs, resp. Kommanditisten nur für den Fall, dass derselbe sein Versprechen in der Generalversammlung verwirklicht. Unter ihnen verteidigt Puchelt seine Ansicht mit folgendem Argument: „Daraus, dass das Gesetz nicht wie sonst das Strafgesetzbuch (vergl. z. B. §§ 109 und 332 ff.) und andere Strafgesetze den Thatbestand im Präsens, sondern im Perfektum aufgestellt hat (nicht „wer sich versprechen lässt“, sondern „wer sich hat versprechen lassen“) ist — und dafür sprechen auch die Worte der Begründung: „als unlauter und im Hinblick auf die Zwangsnatur des Mehrheitsbeschlusses als strafbar erscheint es schon, dass der Aktionär seine Stimme durch Geld oder sonstige Vorteile hat kaufen lassen“ — zu folgern, dass als selbstverständlich vorausgesetzt wird, es habe wirklich eine Stimmabgabe im Sinne des geschlossenen Handels stattgefunden“. Hiergegen ist zu bemerken, Art. 249e H. G. B's. ist dem § 213 K. O. „durchweg“ nachgebildet.[3])

---

[1]) Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, S. 746, Drucksachen No. 105.

[2]) v. Völderndorff, S. 779; Gareis-Fuchsberger, S. 437, A. 234 und Puchelt-Förtsch, zu Art. 249e, A. 5.

[3]) Motive, zu Art. 249e.

Dass wir den Thatbestand in Art. 249e im Perfekt finden, ist demgemäss nur eine Folge davon, dass der § 213 das Perfekt braucht. Nun kennt aber der Redakteur der Strafbestimmungen der Konkursordnung im Gegensatz zu demjenigen des Strafgesetzbuchs, welcher sich zum grössten Teil des Präsens bedient, bei der Darstellung der Thatbestände nur das Perfekt. Nicht bloss § 213, sondern auch die übrigen Strafvorschriften der Konkursordnung gebrauchen das Perfekt und dies lediglich aus redaktionellen Rücksichten.

Ferner zeigen auch die Motive zu Art. 249e selbst, dass sie beim Thatbestande das Perfekt nicht anders ausgelegt haben wollen, als das Präsens. So heisst es an einer Stelle: „Daher widerstreitet es dem Wohl der Gesellschaft, wenn ein Aktionär sich besondere Vorteile dafür gewähren oder versprechen lässt, dass er in der Generalversammlung in einem bestimmten Sinne stimmt“. Die andere Stelle enthält die von Puchelt selbst citierten Worte mit dem Thatbestande im Perfekt und lautet: „Als unlauter und im Hinblick auf die Zwangsnatur des Mehrheitsbeschlusses als strafbar erscheint es schon, dass der Aktionär seine Stimme durch Geld oder sonstige Vortheile hat kaufen lassen“.

Schliesslich ergiebt sich aber auch die Unhaltbarkeit der Puchelt'schen Ansicht daraus: Wenn der Gesetzgeber wirklich, wie Puchelt meint, erst die „Stimmabgabe im Sinne des geschlossenen Handels“ zum Deliktsthatbestande hätte machen wollen, so wäre eine andere Fassung nötig gewesen; denn die thatsächlich gebrauchte lässt auf eine derartige Absicht nicht schliessen. Der Gebrauch des Perfekts im Vordersatz ist vielmehr ein Erfordernis der korrekten Ausdrucksweise. Das Sich-gewähren- oder versprechen-lassen besonderer Vorteile durch den Aktionär liegt vor seinem Stimmen in der Generalversammlung. Wenn also die Thätigkeit des Stimmens im Präsens behandelt wird, so muss die früher liegende Handlung des Aktionärs, das Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen, korrekterweise im Perfekt angeführt werden.

In den §§ 109 und 332 ff. Str. G. B's., in denen sich der Gesetzgeber des Präsens bedient und welche Puchelt zur Unterstützung seiner Deduktion heranzieht, liegt der Grund, welcher den Gesetzgeber im Art. 249e zum Gebrauch des Perfekts veranlasst, nicht vor. Hier ist kein Nebensatz im Präsens von einem Vordersatz, der zu

ihm in einem zukünftigen Verhältnis steht, abhängig. Deshalb ist der Gebrauch des Perfekts nicht notwendig.

Wenn der Gesetzgeber im Art. 249e hätte ausdrücken wollen, was Puchelt für den beabsichtigten Deliktsthatbestand hält, so würde er in dem Vordersatz das Präsens haben brauchen müssen und in dem abhängigen Satz das Perfekt, hätte also sagen müssen, wie Stenglein[1] zutreffend für § 213 K. O. bemerkt: Der Aktionär resp. Kommanditist, der in einem gewissen Sinne stimmt, nachdem er sich dafür besondere Vorteile hat gewähren oder versprechen lassen — wird bestraft.

§ 2.

Der Thäter des Deliktes aus Art. 249e H. G. Bs.

Inhaltsangabe des § 2.

Thäter des Delikts können sein: Aktionäre, Kommanditisten, Bevollmächtigte und Vertreter, letztere beiden Gruppen aber nur, wenn sie von einem Dritten, nicht von ihrem Auftraggeber Vorteile für eine bestimmte Abstimmungsart sich versprechen lassen, endlich Strohmänner, aber ebenfalls nur unter denselben Voraussetzungen wie Bevollmächtigte und Vertreter und zwar gleichviel, ob es sich um Namen- oder Inhaberaktien handelt. Wiederlegung der Ansicht Kleinfellers, wonach der bezahlte Strohmann unter allen Umständen strafbar ist. Strafbar auch derjenige, der im Augenblick der Stimmenveräusserung noch nicht Aktionär ist, sich aber mit der Absicht, Aktien zu erwerben, Vorteile versprechen lässt. Polemik gegen die Ansicht Kleinfellers, dass auch derjenige strafbar ist, der sich dem Stimmenkäufer gegenüber fälschlich als stimmberechtigt ausgiebt.

Während Art. 249e H. G. Bs. selbst ganz allgemein bestimmt, dass bestraft werden soll, wer sich besondere Vorteile für das Stimmen in einem gewissen Sinne gewähren oder versprechen lässt, zählen die Motive[2] diejenigen Personen auf, welche des in Rede stehenden Vergehens fähig sind. Nach den Motiven gelten die Strafbestimmungen des Art. 249e in erster Linie für die Aktionäre und Kommanditisten, ebenso aber auch für die Bevollmächtigten resp. Vertreter, welche zur Ausübung des Stimmrechts befugt sind. Hierbei haben die Motive eine Kategorie von Personen nicht angeführt, welche ebenfalls in der Lage sind, eine Stimme abzugeben

[1]) Stenglein, zu § 213 K. O., A. 6.
[2]) Motive, zu Art. 249e.

und somit das Delikt aus Art. 249e zu erfüllen. Es sind dies die sog. Strohmänner, Personen denen Aktien oder Anteilscheine zum Schein übertragen sind. Diese werden mit Recht von der Doktrin den oben angeführten Personen zugezählt. Was nun die für den Aktionär resp. Kommanditisten stimmenden Personen anbelangt, so ist für ihre Strafbarkeit entscheidend, von wem sie für ihre Abstimmung bezahlt werden.

Sie können die Belohnung einmal von demjenigen bekommen haben, dessen Aktien sie zu der versprochenen Abstimmung in der Generalversammlung legitimieren, den sie also in der betreffenden Generalversammlung vertreten sollen, oder auch von einem Gesellschafter, von dem sie keine Aktien besitzen, der ihnen also ein ganz Fremder ist, schliesslich auch von einem Dritten, einem Nicht-Gesellschafter. Darüber, dass im zweiten und dritten Falle der Deliktsthatbestand des Art. 249e erfüllt wird, kann ein Bedenken nicht bestehen; denn der Bevollmächtigte soll im Sinne seines Auftraggebers stimmen. Nimmt er also von einem Dritten Geschenke an, um nicht so, sondern anders zu stimmen, so verfälscht er die Abstimmung und macht sich demnach in Gemässheit der klaren Gesetzesworte strafbar.

Ein Zweifel ist nur denkbar über den ersten, oben erwähnten Fall, in dem der Bevollmächtigte von seinem Auftraggeber selbst für seine Abstimmung bezahlt wird und dann auch der gegebenen Anordnung gemäss dieselbe vollzieht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müsste der bezahlte Bevollmächtigte oder Vertreter, der im Auftrage seines Mandanten, des Aktionärs, zu stimmen verheisst, bestraft werden. Denn er erfüllt formell den Thatbestand des Gesetzes; er lässt sich besondere Vorteile versprechen resp. gewähren für eine Abstimmung in gewissem Sinne.

Trotzdem würde aber hier eine Anwendung des in Rede stehenden Artikels der ratio legis entgegenwirken, die das Zustandekommen eines dem wahren Willen der Aktionäre entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses bezweckt. Dieser Zweck wird nur dadurch erreicht, dass der Bevollmächtigte den Befehl seines Auftraggebers ausführt. Der Wille des letzteren ist der entscheidende, er muss zum Ausdruck kommen, wenn der wahre Mehrheitswille der

Gesellschaft zu Tage treten soll.[1]) Bei der entgegengesetzten Entscheidung der Frage würde das Gesetz gerade das Zustandekommen des wahren Willens der Gesellschaft verhindern, indem der Aktionär, der aus irgend einem Grunde an der Beschlussfassung nicht persönlich teilnehmen kann, der aber trotzdem durch das Fehlen seiner Stimme den Beschluss nicht beeinträchtigen will, nicht in der Lage wäre, seine Wünsche zum Ausdruck zu bringen. Man könnte sogar sagen, dass durch die Ausdehnung des Art. 249e auf den vorliegenden Fall der Mehrheitswille gefälscht wird; denn auch in der Unterdrückung von Stimmen liegt eine Beeinflussung des Generalversammlungsbeschlusses.

Die Zulässigkeit einer Vertretung des Aktionärs wird übrigens bestätigt durch Art. 190 Abs. 2. Dieser gestattet ausdrücklich die Vertretung des Aktionärs, wenn die Vollmacht in schriftlicher Form abgefasst ist und in der Verwahrung der Gesellschaft bleibt.

Ob das Mandat ein bezahltes oder unbezahles ist, erscheint unerheblich. Die Zulässigkeit der Bezahlung folgt schon aus den allgegemeinen Grundsätzen des Mandats.[2])

Auch hat die Vergütung nicht den geringsten Einfluss auf das Gesellschaftsinteresse und geht die Sozietät, weil es sich hierbei um ein Geschäft ausserhalb der Rechtssphäre der Gemeinschaft handelt, nichts an.

Die Bezahlung ist schliesslich etwas ganz selbstverständliches, da der Mandatar einen Ersatz für die bei der Abstimmung aufgewandte Zeit und Mühe haben muss.

Es bleibt nunmehr noch die Entscheidung der Frage übrig, ob der Strohmann, welcher sich dafür hat bezahlen lassen, dass er mit Aktien seines Mandanten in dessen Sinne stimme, unter Art. 249e fällt oder nicht.

Auch auf diesen Fall passt der erwähnte Artikel seinem Wortlaut nach; denn auch der Strohmann lässt sich Vorteile für ein Stimmen in gewissem Sinne versprechen resp. gewähren. Allein auch hier spricht die ratio legis gegen die Anwendung des Artikels, weil der Strohmann, wenn auch nicht formell, so doch materiell

---

[1]) So mit gewohntem praktischen Blick Staub, zu Art. 249e, Anm. 3; Ring, zu Art. 249e, A. 1; Kleinfeller, zu Art. 249e, A. 2a; Frassati, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 456.

[2]) Staub, l. c.

nichts anderes ist, als ein Bevollmächtigter des Aktionärs, in dessen Sinne er stimmt. Allerdings besteht ein Unterschied zwischen einem blossen Vertreter und einem Strohmann. Diesem werden die Aktien scheinbar als Eigentum übergeben, während jener auch nach aussen hin reiner Bevollmächtigter ist. Allein dies ist nur eine scheinbare Verschiedenheit der beiden Vollmachtsformen. Es ergiebt sich hieraus nur nach aussen hin eine Verschiedenheit derselben. Äusserlich, der Gesellschaft gegenüber, wird zwar der Strohmann Eigentümer der Aktien, während der Bevollmächtigte blosser Detentor ist. Für das wahre Verhältnis zwischen Strohmann und Aktionär ist die simulirte Eigentumsübertragung, welche die Vollmacht des Strohmanns kennzeichnet, aber von gar keiner Bedeutung. Der Aktionär bleibt wahrer Eigentümer der Aktien, ob er einen Strohmann mit seiner Vertretung in der Generalversammlung beauftragt oder einen einfachen Bevollmächtigten. Wegen dieses Fortdauerns der Eigentümerqualität beim Aktionär auch nach der formellen Übertragung der Aktien auf den Strohmann, kommt für die Gesellschaft nur der Wille des Aktionärs in Betracht. Diesen Willen bringt aber der Strohmann, wenn er in dem Sinne seines Mandanten stimmt, zum Ausdruck. Es wird also derselbe Effekt erreicht, als wenn der Aktionär persönlich seine Stimme abgegeben hätte.

Auch macht es keinen Unterschied, ob es sich um Namen- oder Inhaberaktien handelt. Bei Namenaktien bedarf der Strohmann allerdings der Eintragung in das Aktienbuch; denn gemäss Art. 183 H. G. B's. werden in dem Verhältnis zu der Gesellschaft nur diejenigen als die Eigentümer angesehen, welche als solche im Aktienbuch verzeichnet sind. Diese Umschreibung hat aber auf das Rechtsverhältnis nach innen, d. h. zwischen Aktionär und Strohmann, keinen Einfluss. Inter partes gelten für die Frage des Eigentumsüberganges die allgemeinen Grundsätze, so dass für die Übereignung ausser der Besitzübertragung auch die Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers erforderlich ist.[1]) Im vorliegenden Falle fehlt es aber beiden Beiteiligten an dem Willen, Eigentum zu übertragen, resp. zu erwerben, vielmehr beabsichtigen

---

[1]) So auch Staub, zu Art. 220, § 4 S. 480; Ring, zu Art. 220, Abs. 2, 3, S. 443; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 182—183 a. 4, S. 147.

sie übereinstimmend, dass der bisherige Eigentümer in seiner Stellung verbleiben und der Strohmann nur nach aussen hin als Eigentümer erscheinen soll. Es liegt also nur ein simulirter Eigentumsübergangsvertrag vor. Ist infolgedessen der Tradent sowohl im Augenblick der Generalversammlung, als auch fernerhin der wahre Eigentümer der Namenaktie geblieben, so entspricht es allein der Absicht des Gesetzes, welches den Willen des wirklichen Aktionärs in der Generalversammlung zum Ausdruck gebracht wissen will, wenn die Wünsche des wahren Aktionärs, der nur scheinbar sich des Eigentums an der Aktie begeben hat, in der Generalversammlung zur Geltung kommen. Lässt sich also der neue Erwerber der Aktie Vorteile gewähren oder versprechen für die Abstimmung im Sinne seines Auftraggebers, so wird durch diese der Mehrheitswille nicht gefälscht, sondern gerade zum Ausdruck gebracht, der Thatbestand des Art. 249e mithin nicht verwirklicht. Es wird auf diese Weise dasselbe erreicht, als wenn sich der Aktionär in der Generalversammlung durch einen Bevollmächtigten hätte vertreten lassen und nur die Umgehung der schriftlichen Vollmacht wird oft genug der Grund sein, weshalb sich der Aktionär eines Strohmanns bedient.

Zu demselben Resultat kommt man aber auch bei den Inhaberaktien. Bei diesen braucht der Strohmann zu seiner Legitimation als Aktionär keine Eintragung in das Aktienbuch, sondern es genügt der blosse Besitz der Aktie. Dieser macht ihn nach aussen hin zum Aktionär, nach innen hin ist dagegen hier der Besitzer der Aktie, wie oben der in das Aktienbuch Eingetragene, deshalb nur Stellvertreter des Aktionärs und nicht wahrer Eigentümer der Aktie, weil eine Eigentumsübertragung von den Beteiligten nicht beabsichtigt ist.

Die in der Litteratur bestehende wichtige Kontroverse, ob der Strohmann nicht auch nach aussen hin, d. h. der Gesellschaft gegenüber als Nichteigentümer, sondern nur als Bevollmächtigter des Aktionärs zu gelten hat und daher beispielsweise bei der Entlastung seines Auftraggebers im Falle des Art. 190 H. G. Bs. nicht mitstimmen darf[1]), kann hier ganz dahin gestellt bleiben. Denn

---

[1]) Vgl. das Nähere bei Staub, zu Art. 220, S. 5; Brunner, in Endemann's Handbuch, Bd. II S. 211; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. XVII, S.159, Bd. XIV S. 359. Entscheidungen des Reichgerichts in Civilsachen Bd. XXX, S. 51;

vorliegend interessirt nicht die Frage, wer der Gesellschaft gegenüber als Aktionär zu gelten hat, sondern wer in Wahrheit der Aktionär ist. Dies aber bleibt unter allen Umständen und selbst vom Standpunkt derjenigen Theorie aus, welche der Gesellschaft eine Prüfung der Legitimation des Strohmannes abspricht, der bisherige Eigentümer der Aktien. Der Strohmann ist nur dessen Mandatar, welcher den Instruktionen seines Auftraggebers gemäss zu stimmen hat; lässt er sich für diese Thätigkeit bezahlen, so kann darin eine unerlaubte Handlung nicht gefunden werden, da er nichts anderes thut, als den wahren Willen des Aktionärs zum Ausdruck zu bringen, mithin gerade in Uebereinstimmung mit der gesetzlichen Norm handelt. „Nur der starre Wortlaut der in Rede stehenden Strafvorschrift passt", wie Staub[1]) zutreffend sagt, „auf solche Thatbestände, nicht Sinn und Geist derselben, daher ist zweifelsohne Straflosigkeit anzunehmen".

Dies verkennen Petersen und v. Pechmann[2]), wenn sie behaupten, dass Strohmänner, die sich besondere Vorteile gewähren oder versprechen lassen, nach Massgabe des Art. 249e strafbar sein sollen.

Ihnen schliesst sich Kleinfeller[3]) an, Kleinfeller's Argument, dass der Strohmann nicht Bevollmächtigter des wahren Aktionärs sei, ist formell richtig, aber der hieraus gezogene Schluss, dass sich der Strohmann deshalb vom Eigentümer der Aktien keine Vorteile gewähren oder verheissen lassen darf, ist falsch. Kleinfeller geht hier offenbar von der Ansicht aus, dass der Wille desjenigen, der nach aussen hin Aktionär ist, gemäss der Bestimmung des Art. 249e zu Tage treten soll.

Allein diese Auslegung des Gesetzes ist verfehlt, da die Generalversammlung den Willen derjenigen zum Ausdruck zu bringen hat,

---

Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XII, No. 510; Entscheidung, des Oberlandesgerichts Hamburg in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt, Bd. XXXX., S. 467 einerseits und Ring, zu Art. 220, S. 439; Goldschmidt, System, S. 151 ff. und in seiner Zeitschrift Bd. IX., S. 62 ff., Bd. XXVIII, S. 64 ff., Bd. XXXVI, S. 135 ff., Karlin, ebenda Bd. XXXVI, S. 23 ff. und die dort Citirten, namentlich Gierke in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXIX, S. 260 ff. andererseits.

1) Staub, zu Art. 249e, A. 4 i. f.

2) Petersen und v. Pechmann, zu Art. 190b, V, 3 i. f., S. 224.

3) Kleinfeller, zu Art. 249e, A. 2a.

welche die wahren Aktionäre sind. Der Strohmann aber ist, wenn a
nicht Bevollmächtigter des wirklichen Aktionärs, so doch des
Mandatar.

Schliesslich erfüllt auch derjenige den Thatbestand des Art. 24
der im Augenblick der Stimmenveräusserung noch nicht Aktio
ist, sich aber mit der Absicht, die zur Abstimmung notwendi
Aktien zu erwerben, Vorteile für ein gewisses Stimmen mit
zu erlangenden und später erlangten Aktien versprechen oder
währen lässt.[1]) Denn das Gesetz bestimmt nicht, dass der Stimm
verkäufer bereits zur Zeit seiner Zusage fähig sein muss zu ei
Abstimmung in der Generalversammlung. Vielmehr liegt die
Strafe belegte Gefährdung des Mehrheitswillens in dem Sich-gewäh
oder -versprechen-lassen besonderer Vorteile bereits vor, sobald
Möglichkeit besteht, die gemachte Zusage zu verwirklichen.

Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn Kleinfeller[2])
Ansicht ist, dass Thäter des in Rede stehenden Delikts auch s
kann: „eine beliebige Person, die sich gegenüber dem Stimmenkä
fälschlich für stimmberechtigt ausgiebt, während sie gar ni
beabsichtigt, an der Abstimmung teilzunehmen“. In diesem Fa
in dem der Stimmenverkäufer von vornherein nicht beabsicht
zu stimmen, fehlt ihm der Wille, die Gesellschaftsinteressen
gefährden.

Es liegt hier nur eine scheinbare Vereinbarung zwischen
Beteiligten vor, ein wirklicher Stimmenkauf kommt nicht zu Stan
Von einer Gefährdung des Mehrheitswillens kann mithin ke
Rede sein, damit aber fällt die notwendige Voraussetzung für
Bestrafung der von Kleinfeller angeführten Person[4]).

§ 3.
Die Strafbarkeit des Stimmenkäufers.

Inhaltsangabe des § 3, 54 und 62 unter II.

Zweck des Artikels 249e H. G. B's. S. Die Mitwirkung des Stimn
käufers bei dem Delikt des Stimmenkaufes und zwar als Anstifters

[1]) Derselben Ansicht sind: Staub, zu Art. 249e, A. 3; Ring, zu Art. 2
A. 1; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249e, A. 1; Hergenhahn, zu Art. 249e,

[2]) Kleinfeller, zu Art. 249e, A. 2a.

[3]) v. Schwarze zu § 109, A. 5.

[4]) Vgl. Katz, zu Art. 249e, A. 2, ferner v. Liszt, S. 534; Olshausen,
109, A. 8; Hälschner, II. S. 787, endlich Freudenthal a. a. O. S. 54 und 62 unte

als Gehülfen. Nachweis der Unmöglichkeit der Beteiligung des Stimmenkäufers an dem Delikt des Artikels 249e H. G. B's. als Mitthäters sowohl nach der subjektiven Theorie des Reichsgerichts, als nach der objektiven Birkmeyers. Widerlegung der Ansichten, die die Bestrafung des Stimmenkäufers unter dem Gesichtspunkte der Teilnahme überhaupt ausschliessen: Ansicht von v. Völderndorff über die der Gesellschaft gegenüber nicht bestehende rechtliche Verpflichtung des Stimmenkäufers. Unzulässigkeit der analogen Anwendung der §§ 331 ff. St. G. B's. (v. Kries) sowohl auf § 213 K. O., wie auf den vorliegenden Fall, wie endlich auch auf Artikel 249 f. H. G. B's. Widerlegung der zu Unrecht die Straflosigkeit des Stimmenkäufers in § 213 K. O. behauptenden Argumente Stengleins. Verkennung des Zweckes der in Rede stehenden gesetzlichen Vorschrift bei Katz. Widerlegung der die Straflosigkeit des Stimmenkäufers aus dem angeblichen Vorliegen eines concursus necessarius folgernden Ansicht von Petersen und v. Pechmann. Ansicht des Reichsgerichts über die Strafbarkeit des Stimmenkäufers. Ergebnis der vorstehenden Erörterung und praktische Notwendigkeit der hier vertretenen, übrigens auch mit § 109 St. G. B's. sich deckenden Auslegung.

Artikel 249e H. G. Bs. bedroht zwar ausdrücklich nur den Verkäufer der Stimme, denjenigen, der sich besondere Vorteile für das Stimmen in gewissem Sinne hat gewähren oder versprechen lassen, mit Strafe. Es frägt sich jedoch, ob nicht auch auf denjenigen, der die Vorteile gewährt oder verspricht, d. h. den Stimmenkäufer, die Strafbestimmung des Art. 249e Anwendung findet. Eine solche kriminalrechtliche Verantwortlichkeit des Stimmenkäufers lässt sich, die Frage rein logisch betrachtet, unter einem dreifachen Gesichtspunkte denken, unter demjenigen des Mitthäters, des Anstifters oder des Gehülfen.

Die Generalversammlung ist das Organ der Gesellschaft, welches dem wahren Willen derselben zum Ausdruck bringen soll[1]). Alles, was also kraft Mehrheitsbeschlusses in ihr angenommen wird, ist der präsumtive Wille der Gesellschaft, dem sich die überstimmten oder auch nicht erschienenen Aktionäre und Kommanditisten, sofern sie den betreffenden Beschluss nicht auf Grund der für gewisse Fälle aufgestellten singulären Bestimmungen des Handelsgesetzbuches anzufechten vermögen, zu fügen haben. Eine grosse Gefahr liegt nun darin, dass dieser Mehrheitsbeschluss gefälscht und auf diese

1) Motive, zu Art. 249e und allg. Begründung § 13, I. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 8, S. 189; Bd. 9, S. 121; Bd. 13, S. 376; Bd. 19, S. 142, 180; Bekker in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 16, S. 72 ff.

Weise in die Rechtssphäre der Gesellschafter eingegriffen wird.[1]) Letzteres will Art. 249e mit seinen Strafbestimmungen verhindern, indem er sich gegen den sog. Stimmenkauf wendet und denjenigen mit Strafe bedroht, der sich für das Stimmen in gewissem Sinne besondere Vorteile gewähren oder versprechen lässt.

Die hier zu entscheidende Frage lautet nun dahin: Warum sagt unser Artikel nichts über die strafrechtlichen Folgen, welche den Käufer der Stimme treffen sollen?

Um diese Frage zu entscheiden, ist zunächst zu untersuchen, in welcher Weise ein Mitwirken des Stimmenkäufers bei dem in Art. 249e vorausgesetzten Thatbestande denkbar ist.

Einmal kann das Delikt seinen Anfang in der Weise nehmen, dass der Stimmenkäufer den Aktionär oder Kommanditisten unter Versprechungen oder Gewährungen von Vorteilen auffordert, in gewissem, d. h. von ihm gewollten Sinne, zu stimmen. Ferner beteiligt sich der Stimmenkäufer an dem im Art. 249e unter Strafe gestellten Delikt auch dann, wenn er dem von Seiten des Stimmenverkäufers gemachten Anerbieten, den Mehrheitswillen zu fälschen, Folge leistet. Im ersten Fall bringt der Käufer den anderen Teil zum Stimmen in der Generalversammlung nach gegebener Anordnung, im zweiten, wo der Anstoss vom Aktionär oder Kommanditisten ausgeht, führt der Stimmenkäufer den strafbaren Erfolg durch sein Eingehen auf das Anerbieten herbei. Er ist mithin dort Anstifter (§ 48 St. G. B's.); denn er ist es, der durch seine Geschenke oder Versprechungen den anderen Teil zu der strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt, und hier Gehülfe (§ 49 St. G. B's.), weil er, wenn auch angeregt vom Aktionär oder Kommanditisten durch das Eingehen auf dessen Forderung, also durch That oder Rat, wissentlich zu der strafbaren Handlung Beihülfe leistet.

Die dritte Form, in der sich Teilnahme an einem Delikt denken lässt, ist rein logisch betrachtet, die der Mitthäterschaft. Ob eine solche hier faktisch möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

Das Wesen der Mitthäterschaft wird von den beiden herrschenden Theorien, die den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe festzustellen suchen, der subjektiven des Reichsgerichts

---

[1]) Motive, zu Art. 249c.

und der sog. objektiven von Birkmeyer,[1]) dem sich auch v. Liszt[2]) wenigstens de lege lata anschliesst, verschieden definirt.

Nach der vom Reichsgericht gebilligten Theorie muss der Mitthäter den animus auctoris haben, d. h. er muss das Verbrechen als das seine wollen; will er dagegen das Verbrechen als dasjenige eines anderen, hat er den animus socii, so liegt nicht Mitthäterschaft, sondern Gehülfschaft vor. Nur auf die Willensrichtung, nicht auf die objektive Beteiligung, kommt es also nach der Meinung des Reichsgerichts an.

Nach der objektiven Theorie ist Mitthäter „derjenige, welcher an der Ausführungshandlung, d. h. an einer bereits in den Thatbestand des Verbrechens hineinfallenden Handlung teilgenommen hat".[3]) Hat jemand sich dagegen an der Ausführungshandlung selbst nicht beteiligt, sondern eine blosse Bedingung für dieselbe erfüllt und zwar dadurch, dass er den Thäter nach der Fassung des Entschlusses beeinflusst hat, so ist er Gehülfe.[4])

Es ist nunmehr festzustellen, ob der Stimmenkäufer Mitthäter an dem in Art. 249e unter Strafe gestellten Delikt sein kann und zwar einmal nach der Judikatur des Reichsgerichts und zweitens nach der objektiven Theorie. Nach jener kommt es, wie bereits erwähnt ist, lediglich auf die Willensrichtung der dem Thäter Hülfe leistenden Person an, d. h. im vorliegenden Fall des Stimmenkäufers. Es fragt sich mithin, kann der Stimmenkäufer die in Art. 249e H. G. B's. unter Strafe gestellte That als die seine wollen. Dies ist deshalb unmöglich, weil er dann sich Vorteile gewähren oder versprechen lassen müsste, während er doch in Wirklichkeit als Stimmenkäufer die Vorteile gewährt oder verspricht.

Hiernach ergiebt sich das Resultat, dass der Stimmenkäufer unter keinen Umständen Mitthäter bei der im Art. 249e H. G. B's. unter Strafe gestellten Handlung sein kann, vorausgesetzt, dass man bei der Feststellung dieses Begriffes die Ansicht des Reichsgerichts zu Grunde legt.

---

[1]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, insbesondere, S. 91 ff.

[2]) v. Liszt, l. c. S. 203 ff. (§ 50, III, I.)

[3]) v. Liszt, l. c.

[4]) vgl. Birkmeyer, l. c. Abschn. II.

Für die objektive Theorie liegt, wie bereits bemerkt ist, das entscheidende Kriterium darin, ob die Thätigkeit der Hülfe leistenden Person Teil der Ausführungshandlung ist oder nicht. Die Ausführungshandlung besteht im Art. 249e H. G. B's. in dem Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen der besonderen Vorteile. Nur letzteres ist die den Erfolg des Verbrechens verursachende Handlung, nur dieses bildet den gesetzlichen Thatbestand des konkreten Verbrechens. Das Versprechen besonderer Vorteile von Seiten des Stimmenkäufers ist dagegen blosse Bedingung für den verbrecherischen Erfolg.

Somit ist auch vom Standpunkt der objektiven Theorie Mitthäterschaft ausgeschlossen; denn die Thätigkeit des Stimmenkäufers gehört nicht zu der vom Gesetz im Thatbestande des konkreten Verbrechens als strafbar bezeichneten Handlung, zu dem Sich-gewähren- oder -versprechen-lassen besonderer Vorteile.

Hieraus folgt, dass sich der Stimmenkäufer nur in zweifacher Weise an dem im Art. 249e mit Strafe bedrohten Vergehen beteiligen kann, entweder als Anstifter oder als Gehülfe, während die dritte Möglichkeit, die Mitthäterschaft, ausgeschlossen ist.

Entgegen dieser Ansicht verneint eine ganze Reihe von Schriftstellern die Strafbarkeit des Stimmenkaufes, indem sie teils die Möglichkeit der Bestrafung desselben unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme überhaupt leugnen, teils wenigstens seine Bestrafung als Gehülfen für unzulässig erklären.

Zu der ersten Gruppe gehört zunächst v. Völderndorff.

„In Art. 249e", sagt v. Völderndorff,[1] „ist derjenige, der dem Abstimmenden den Vorteil gewährt hat, unzweifelhaft der intellektuelle Urheber, der Anstifter zu dem Vergehen. Allein, wenn dieser Dritte gleichfalls hätte bestraft werden sollen, so würde das Gesetz dies doch sicherlich gesagt haben. Wie die Motive zeigen, beruht aber die Strafbarkeit des unlauter stimmenden Aktionärs auf der Verletzung des Interesses der Gesellschaft, welches er zu wahren verpflichtet ist. Der Dritte hat eine solche Verpflichtung nicht."

Zunächst muss bei dieser Argumentation auffallend erscheinen, dass aus dem Schweigen des Gesetzes über den Stimmenkäufer trotz der Anerkennung desselben als intellektuellen Urhebers seine Straf-

---

[1]) v. Völderndorf, S. 756, (siehe auch Auschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Abt. 2, S. 844).

losigkeit gefolgert wird, während umgekehrt unter diesen Umständen der einzig konsequente Schluss dahin ginge: Das Schweigen bedeutet Bestrafung des Vorteile Versprechenden resp. Gewährenden nach den Grundsätzen der Teilnahmeparagraphen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs.

Ferner muss man einwenden, derjenige, der verspricht oder gewährt, braucht keineswegs immer ausserhalb der Gesellschaft zu stehen, er kann und wird sogar sehr häufig ebenso wie der Verkäufer der Stimme Aktionär oder Kommanditist sein, so dass bei ihm ebenfalls eine Verpflichtung zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses besteht. Aber auch wenn der Stimmenkäufer ein Dritter ist, den kein Band mit der Gesellschaft verknüpft, so geht doch die Verfolgbarkeit seiner Rechte immer nur so weit, als dadurch keine strafbare Handlung verübt wird, wie dies geschieht, wenn der Stimmenkäufer den Verkäufer durch Verheissung und Gewährung besonderer Vorteile zu dem Versprechen einer bestimmten Abstimmung bringt.[1])

Für die Straflosigkeit des Stimmenkäufers erklärt sich auch v. Kries,[2]) und zwar leitet er diese aus dem Schweigen des Gesetzes über die Rechtsfolgen her, welche den Vorteil gewährenden Gemeinschuldner in dem dem Art. 249e H. G. B's. analogen § 213 K. O. treffen.

v. Kries sagt: „Im § 213 K. O. haben wir es mit einem der einfachen aktiven Bestechung analogen Fall zu thun. Da nun der Gesetzgeber, wie dies eine Betrachtung der §§ 333, $334_{,2}$ zeigt, stets immer die aktive und passive Seite auseinanderhält und erstere da, wo er es für erforderlich erachtet, unter Strafe stellt, so kann hier nicht behauptet werden, der Gemeinschuldner oder der Dritte, welcher die Vorteile gewährt oder versprochen hat, sei hier als Anstifter oder Gehilfe strafbar.“

Bevor wir darauf eingehen, ob das, was der Gesetzgeber bei der Beamtenbestechung im Strafgesetzbuch gewollt hat, auch ohne weiteres in der Konkursordnung und im Handelsgesetzbuch für die Bestechung des Gemeinschuldners oder Dritten resp. des Stimmen-

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 122 ff.

[2]) v. Kries, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. VII, S. 556, 557; derselben Ansicht sind Frassati, ebenda, Bd. XV, S. 461, und Freudenthal, S. 42 und 43.

käufers gelten kann, müssen wir einen Blick auf die in Betracht kommenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs selbst, die §§ 331, 332, 333, 334,$_{1}$ und 334,$_{2}$ werfen.

§ 331 Str. G. B's. lautet: „Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vorteile fordert oder sich versprechen lässt, wird mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft." Wir haben es hier mit einem eigentlichen Beamtendelikt zu thun, bei dem auch ein Nichtbeamter als Anstifter oder Gehülfe sich beteiligen kann. An sich stände mithin nichts entgegen, ja es würde sogar auf den ersten Blick als das selbstverständliche erscheinen, auch denjenigen, der einem Beamten Geschenke für eine nicht pflichtwidrige Handlung giebt, zu bestrafen; denn das Schweigen des Gesetzes würde an sich eine Verweisung auf die allgemeinen Teilnahmeparagraphen des Strafgesetzbuchs bedeuten. Für die Entscheidung der Frage, ob dies wirklich der Fall ist, sind zur Vergleichung die §§ 332, 333 und 334 S. G. B's. heranzuziehen, die mit § 331 zusammen die Beamtenbestechung regeln.

In den eben erwähnten Paragraphen werden immer aktive und passive Seite dieses Deliktes getrennt mit Strafe bedroht. So wird in § 332 der Beamte, in § 334,$_{1}$ der Richter, Schiedsrichter, Geschworene oder Schöffe, der für eine pflichtwidrige Handlung Geschenke annimmt, fordert oder sich versprechen lässt, also der *passive* Teil, in den §§ 333, 334,$_{2}$ derjenige, der diese Geschenke oder andere Vorteile für eine solche Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, gewährt oder verspricht, d. h. der *aktive* Teil, bestraft.

Hiermit zeigt der Gesetzgeber, dass er für die aktive Seite der Beamtenbestechung die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Teilnahme nicht für anwendbar erachtet; denn sonst hätte er den Geschenkgeber resp. -Versprechenden, der unzweifelhaft an den in den §§ 332 und 334,$_{1}$ gedachten Delikten teilnimmt, nicht mit *besonderer* Strafe bedroht. Der Grund für diese Anordnung liegt, wie v. *Kries*[1]) treffend sagt, darin, dass der Gesetzgeber die aktive Bestechung nicht blos als Beteiligung an dem Verbrechen des Beamten auffasst, sondern als selbständiges Verbrechen,

---

[1]) v. Kries, l. c.

ılches somit dort, wo es überhaupt strafbar sein soll, unter selbändige Strafe gestellt ist. Wenn nun § 331 kein aktives und mit lbständiger Strafe bedrohtes Delikt als Gegenstück enthält, so gt daraus, dass die stillschweigende Uebergehung des Geschenkbers resp. -Versprechenden dessen Straflosigkeit bedeuten soll. soweit ist die Straflosigkeit des Geschenkgebers auch herrschende rigen die allgemeinen Bestimmungen über Anstiftung und Beilfe gelten, dass also z. B. der Angehörige des Beamten, der auf ssen Erlaubnis hin das Geschenk annimmt, sich der Teilnahme huldig macht und dass auch derjenige, welcher mehr als bloss geährt, anbietet oder verspricht, Anstifter resp. Gehülfe sein kann. er also einen Beamten durch Drohung, durch Missbrauch des Anhens oder durch Gewalt zwingt, die Gewährungen anzunehmen, acht sich nach den §§ 48 und 49 Str. G. B's. strafbar. Denn ır Gesetzgeber will, wie die §§ 333 und 334 Str. G. B's. zeigen, ır das Anerbieten, Versprechen, Gewähren als selbständiges Verechen strafen; was darüber hinausgeht, unterliegt den allgemeinen eilnahmeparagraphen. Ebenso will er mit seinem Schweigen über e aktive Seite des § 331 St. G. B's. nur den Anbietenden, Verırechenden und Gewährenden als straffrei bezeichnen. Wer über ese Thätigkeit hinausgeht, verfällt den §§ 48 und 49 Str. G. B's.

Der Grund, aus welchem das Gesetz den Geschenkgeber des 331 Str. G. B's. straflos lässt, liegt auf kriminalpolitischem Geete. Der Geschenkgeber verlangt von dem Beamten eine nicht lichtwidrige Handlung. Wenn er seine Forderung durch Geschenke er andere Vorteile unterstützt, so liegt darin noch kein Unrecht; nn das Verleiten zu einem an sich nicht pflichtwidrigen Thun ist chts rechtswidriges. Dass der Beamte bestraft wird, der sich der an sich nicht pflichtwidrigen Handlung verleiten lässt, hat inen Grund ganz allein in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung. ısicht,[1]) ebenso unbestritten wird aber angenommen,[2]) dass im

[1]) v. Liszt, S. 569; Rüdorff-Stenglein, zu § 331, A. 9; Oppenhof zu § 331, 14; Olshausen, zu § 331, A. 12; Hälschner, II, S. 1087; Meyer, S. 679; v. Schwarze, § 331, A. 10; Entsch. des R. G. in Strafsachen, Bd. XIII, S. 181; Rechtrechung des preuss. Obertribunals, Bd. XIII, S. 582; Tippelskirch, in Goltmmer's Archiv, Bd. XVIII, S. 804.

[2]) v. Liszt, l. c.; Rüdorff-Stenglein, l. c.; Olshausen, l. c.; Hälschner, besond. ıeil, S. 1042; s. M. freilich v. Kries in der Zeitschrift für die gesamte Rechtsssenschaft, Bd. VII, S. 556.

Diese verlangt von ihm einen über das gewöhnliche Mass hinausgehenden Grad von Gewissenhaftigkeit und Peinlichkeit, der auch jeden Schein einer Bestechung zu vermeiden gebietet. Diese aus der altpreussischen Rigorosität entsprungene Norm, die das Gesetz für den Beamten mit Recht aufstellt, wäre ein Unrecht gegenüber dem Geschenkgeber, der nicht Beamter ist. Wenn aber der letztere über das Anerbieten, Versprechen oder Gewähren hinausgeht und durch Drohungen oder Gewalt den Beamten zwingt, die Geschenke anzunehmen, so überschreitet er die ihm gezogene Grenze und macht sich so unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme strafbar. Wir gelangen mithin zu dem Ergebnis, dass der Geschenkgeber aus § 331 Str. G. B's. straflos ist und zwar hier ausnahmsweise lediglich deshalb, weil er im Gesetz mit Stillschweigen übergangen ist.

Bevor wir aber den gleichen Schluss für Art. 249e H. G. B's. ziehen können, müssen wir untersuchen, ob der Teilnehmer an dem Delikt aus Art. 249e H. G. B's. ebensowenig wie derjenige an dem Vergehen aus § 331 Str. G. B's. strafwürdig ist. Denn wenn nicht auch diese Bedingung erfüllt wird, so kann uns der bloss äusserliche Umstand, dass wir es hier ebenfalls mit einem der einfachen aktiven Bestechung analogen Fall zu thun haben, den gleichen Schluss nicht aufnötigen.

Es frägt sich demnach, ob der Stimmenkäufer den Aktionär resp. Kommanditisten ebenfalls zu einer an sich nicht pflichtwidrigen Handlung verleitet. Dies lässt sich nicht behaupten. Denn sonst würde man die Fälschung des Mehrheitswillens und den damit verbundenen Eingriff in die Rechtssphäre der übrigen Gesellschafter für ein rechtmässiges Handeln erklären müssen. Dieser Unterschied zwischen beiden Fällen, dass auf der einen Seite — § 331 Str. G. B's. — ein an sich rechtmässiges Interesse verfolgt wird, auf der andern — Art. 249e H. G. B's. — ein rechtswidriges Thun vorliegt, lässt einen Schluss auf die Straflosigkeit des im Art. 249e mit Stillschweigen übergangenen Stimmenkäufers nicht zu.

Es kommt aber noch ein weiteres Argument in Betracht. Wir haben gesehen, dass das Strafgesetzbuch, wie v. Kries zutreffend sagt, beim Bestechungsdelikt immer die aktive und passive Seite auseinanderhält, indem es diese in den §§ 333, $334_{,2}$, jene in den §§ 331, 332 und $334_{,1}$ behandelt und die aktive Seite da, wo es dies

für erforderlich erachtet, als selbständiges Vergehen ausdrücklich unter Strafe stellt.

Bevor nun die Rechtsnorm des § 331 Str. G. B's., dass der Geschenkgeber trotz der Teilnahme an dem unter Strafe gestellten Delikt straflos bleibt, auch auf die Person des Gemeinschuldners oder Dritten im § 213 K. O. und die Person des Stimmenkäufers im Art. 249e H. G. Bs. Anwendung finden kann, muss untersucht werden, ob die im Strafgesetzbuch vorhandene Voraussetzung, nämlich die scharfe Auseinanderhaltung des aktiven und des passiven Thatbestandes, sich auch in den erwähnten Gesetzbüchern findet.

Die Konkursordnung lässt nun nirgends erkennen, dass sie beim Bestechungsvergehen aktive und passive Seiten als selbständige Strafthaten unterscheidet und dass sie etwa den aktiven Deliktsthatbestand nur dort, wo sie ihn ausdrücklich erwähnt, unter Strafe stellen will, denn sie enthält — ganz anders, wie das Strafgesetzbuch —, keineswegs eine eingehende kasuistisch erschöpfende Regelung der einzelnen denkbaren Fälle der Bestechung; vielmehr wird die ganze Frage der Bestechung nur in dem einzigen § 213 behandelt und hier lediglich der passive Bestechungsfall unter Strafe gestellt, dass der Gläubiger für seine Abstimmung in der Versammlung der Konkursgläubiger sich besondere Vorteile hat gewähren oder versprechen lassen. Fehlt es somit in der Konkurs-Ordnung im Gegensatz zum Strafgesetzbuch an einer erschöpfenden Behandlung der Bestechungsfälle, so ist der Schluss geboten, dass hier, wo der Gesetzgeber einen besonderen Willen nicht zu erkennen giebt, dasjenige Anwendung findet, was sonst überall im Strafrecht gilt, d. h., dass die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Teilnahme in Wirksamkeit treten. Auf den vorliegenden Fall angewendet, bedeutet dies, dass aus dem Schweigen des Gesetzgebers im § 213 über die aktive Seite zu folgern ist: Der Gemeinschuldner oder Dritte, welcher die besonderen Vorteile dem Gläubiger für seine Abstimmung gewährt oder verspricht, ist als Anstifter oder Gehülfe strafbar.

Ähnlich wie in der Konkursordnung liegt diese Frage im Handelsgesetzbuch. Hier befinden sich die beiden in Betracht kommenden Bestechungsdelikte, die vom Gesetz mit Strafe bedroht werden, im Art. 249e und im zweiten Teil des Art. 249f. In jenem Artikel wird Demjenigen Strafe in Aussicht gestellt, der sich für

das Stimmen in gewissem Sinne bei einer Abstimmung in der Generalversammlung besondere Vorteile hat gewähren oder versprechen lassen, also nur dem passiven Teil, analog dem Gemeinschuldner oder Dritten im § 213 K. O. In dem anderen, vorher erwähnten Art. 249f wird demjenigen, der Aktien eines Anderen gegen Entgelt leiht, und mit diesen das Stimmrecht ausübt, sowie Demjenigen, welcher hierzu durch Verleihung der Aktien wissentlich mitgewirkt hat, Strafe angedroht.

Der zweite Teil des Art. 249f enthält nun allerdings einen Fall der Bestechung, wo auch im Handelsgesetzbuch aktive und passive Seite auseinander gehalten werden. Hieraus könnte man auf den ersten Blick schliessen, dass der Gesetzgeber auch in den in Rede stehenden Artikeln des Handelsgesetzbuches ganz wie im Strafgesetzbuch die aktive und die passive Seite des Thatbestandes ausdrücklich unterscheidet und strikte sagt, welche Fälle er bestraft wissen will. Allein ein solcher Schluss wird aus der vereinzelt dastehenden Bestimmung des Art. 249f nicht gezogen werden können. Immerhin erscheint es zweifelhaft, warum der Gesetzgeber, wenn die allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme Anwendung finden sollen, hier beide Seiten, aktive wie passive, ausdrücklich erwähnt und insbesondere auch, ob sich nicht aus dieser Erwähnung beider Fälle im Art. 249f der Schluss rechtfertigt, dass auch im Art. 249e nur der dort erwähnte Fall, dass sich Jemand für seine Abstimmung in der Generalversammlung besondere Vorteile versprechen oder gewähren lässt, bestraft werden soll.

Allein diese Zweifel beseitigen einmal die folgenden Worte der Motive: „Die Fälle (des Art. 249e) sind durchweg denjenigen gleichartig, für welche die Konkursordnung im § 213 die Strafvorschrift aufstellt. Der Entwurf hat sich daher auch im Strafmass derselben angeschlossen.“[1]) Da nun aber im § 213 K. O. für den Gemeinschuldner oder Dritten, wie oben zu zeigen versucht worden ist, die allgemeinen Teilnahmeparagraphen des Strafgesetzbuches Anwendung finden, so folgt daraus, dass dasselbe auch im Art. 249e gelten muss für den Stimmenkäufer, der den im § 213 K. O. genannten Personen völlig analog steht.

Ferner giebt uns die Betrachtung der Fassung des zweiten Teils des Art. 249f eine Aufklärung, weshalb der Gesetzgeber hier

[1]) Motive, l. c. zu Art. 249 e.

ausdrücklich den Verleiher der Aktien mit Strafe belegt. Hätte das Gesetz hier bezüglich der Strafe, welche den Verleiher der Aktien treffen soll, geschwiegen, so wären für diesen, falls er das betreffende Delikt erfüllt, die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Teilnahme auch bezüglich der Höhe der Strafe zur Anwendung zu bringen, d. h. im Falle der Anstiftung hätte den Verleiher die gleiche Strafe wie den Ersteher getroffen und im Falle der Gehülfschaft eine mildere, den Grundsätzen der Bestrafung des Versuchs entsprechende (§§ 48, 49 Str. G. B's.) Letzteres aber wollte das Gesetz, um den aktiven Teil von diesem Vergehen besonders zurückzuschrecken, vermeiden, und darum setzte es für den Entleiher wie den Verleiher die „gleiche Strafe" fest. Der Nachdruck im Art. 249f liegt also auf den die Höhe der Strafe regelnden Worten: „die gleiche Strafe".[1])

Abgesehen von dem vorher erwähnten Argument von v. Kries sind aber noch andere Gründe für die Straflosigkeit des Stimmenkäufers im § 213 K. O. geltend gemacht worden. Die Prüfung dieser Ansicht kann hier nicht übergangen werden, da, wie bereits erwähnt, die Motive[2]) ausdrücklich sagen, dass Art. 249e H. G. B's. dem § 213 K. O. durchaus analog ist. Wenn daher der besondere Vorteile gewährende oder versprechende Gemeinschuldner oder Dritte straflos sein sollte, so würde dies auch der für die vorliegende Arbeit interessirende Stimmenkäufer aus Art. 249e H. G. B's. sein müssen.

Die verschiedenen Gründe für die Straflosigkeit des Gemeinschuldners oder Dritten sind zusammengestellt bei Rüdorff-Stenglein[3]).

---

[1]) Der Art. 249 f. H. G. B's wird demnach der Anmerkung 8 zu § 51 bei v. Liszt, l. c. zuzufügen sein. Ebenso wie im § 143 Str. G. B's und § 3 des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 wird auch hier dem Gehülfen die gleiche Strafe wie dem Thäter angedroht. Die Absicht des Gesetzgebers, den Theilnehmer unter allen Umständen ebenso wie den Thäter zu bestrafen, zeigt sich ferner im § 109 Str. G. B's., in dem das Kaufen und Verkaufen der Wahlstimme mit derselben Strafe belegt sind. Der Käufer ist hier jedesmal der Teilnehmer an dem Vergehen des Verkäufers und umgekehrt. Siehe hierüber auch Anmerkung 6 zu § 109 bei Rüdorff-Stenglein.

[2]) Motive, l. c. zu Art. 249 e.

[3]) Rüdorff-Stenglein, zu § 213 K. O. A., 3.

Als erstes Argument führt **Stenglein** folgendes an: „Die That kann nur von dem Gläubiger begangen werden und wird der Schuldner oder der Dritte, der auf diese Weise auf die Abstimmungen einzuwirken sucht, auch nicht als Teilnehmer bestraft werden können, weil sein dolus eine ganz andere Richtung hat und die Begehung des Delikts in inniger Verbindung mit der Stellung des Gläubigers als solchen steht.“

Der erste Punkt, der hier als Grund für die Straflosigkeit des Gemeinschuldners oder Dritten angeführt wird, ist also, dass der Vorsatz dieser Person nach einer ganz anderen Richtung gehe, als der des Gläubigers.

Hierauf ist zu entgegnen, der Vorsatz **des Konkursgläubigers** richtet sich darauf, für die Gewährung oder Verheissung besonderer Vorteile bei der Abstimmung der Konkursgläubiger in einem gewissen, d. h. in dem von dem Gemeinschuldner oder Dritten gewollten Sinne zu stimmen, oder kurz gesagt, zu seinen Gunsten den Mehrheitswillen zu fälschen. **Der Gemeinschuldner oder Dritte** will durch Geschenke oder Versprechungen besondere Vorteile den Gläubiger in der Versammlung der Konkursgläubiger zu einer bestimmten Abstimmung verleiten, also ebenfalls den Mehrheitswillen fälschen, und zwar gilt dies nicht blos für den Fall, dass die Anregung zum Stimmen in einem gewissen Sinne von dem Stimmenkäufer, dem Gemeinschuldner oder Dritten ausgeht, sondern auch dann, wenn die Veranlassung zu dem Delikte des § 213 K. O. der Gläubiger selbst giebt. Mit andern Worten, der dolus hat dieselbe Richtung, gleichviel ob der Gemeinschuldner oder Dritte sich wie im ersten Falle der Anstiftung oder wie im zweiten Falle der Beihülfe zu dem Delikt des § 213 K. O. schuldig macht, denn auch hier geht der rechtswidrige Vorsatz des Gemeinschuldners oder Dritten, wenn derselbe auch veranlasst wird durch den Gläubiger, auf die Fälschung des wahren Willens der Konkursgläubiger. Bei allen im § 213 K. O. beteiligten Personen, d. h. bei dem Konkursgläubiger wie dem Gemeinschuldner oder Dritten, findet sich also derselbe rechtswidrige Vorsatz, gerichtet auf die Fälschung des Mehrheitswillens.

Zweitens wird die Straflosigkeit des Stimmenkäufers im § 213 K. O. daraus gefolgert, dass die Begehung des Vergehens „in inniger Verbindung mit der Stellung des Gläubigers als solchen steht“. Die Stellung des Konkursgläubigers ist also nach **Stenglein** eine per-

[pers]önliche Eigenschaft, welche das an sich straflose Thun erst zu einem strafbaren macht, die Strafbarkeit demnach erst begründet. Eine derartige Eigenschaft ist aber, wenn beim Thäter vorliegend, nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuchs stets auch den Teilnehmern, Anstiftern und Gehülfen zuzurechnen, indem hier „die Unselbständigkeit der Teilnahme zur vollen Anerkennung gelangt"[1]). Der vorliegende Fall bietet gar keine Besonderheiten, er liegt ganz analog jenem andern, dass zu einem reinen Amtsverbrechen angestiftet oder Beihülfe geleistet wird. Wenn auch hier der Anstifter oder Gehülfe kein Beamter und das Delikt selbst zu begehen nicht im Stande ist, so wird er der erwähnten Regel des Strafgesetzbuches gemäss dennoch bestraft. Mithin kann auch in dem in Rede stehenden Falle der Umstand, dass die Begehung des Delikts aus § 213 „in inniger Verbindung mit der Stellung des Gläubigers als solchem steht", ein Argument für die Straflosigkeit des Teilnehmers nicht bilden. Ganz im Gegenteil wird aus dem von Stenglein angeführten Grunde die Strafbarkeit des Teilnehmers, d. h. des Gemeinschuldners oder Dritten, zu folgern sein.

Während nun Stenglein bei seiner bisherigen Argumentation den Nachweis für die Unzulässigkeit der Bestrafung des Stimmenkäufers unter dem Gesichtspunkt der Beihülfe erbracht zu haben glaubt, giebt er zu, dass man vielleicht von der Bestrafung des Gemeinschuldners oder Dritten als Anstifters sprechen könne.

Zur Widerlegung letzterer Ansicht aber macht er folgende Gründe geltend: „Da die Handlung gar nicht ohne Einwirkung des Schuldners oder Dritten gedacht und wie die Motive zur Konkursordnung zeigen, die Strafbarkeit des direkt Interessirten vielfach beschränkt ist, wird man mangels einer ausdrücklichen Bestimmung auch diese (die Strafbarkeit des Stimmenkäufers) von dem Gesichtspunkt der Anstiftung verneinen müssen".

Was den ersten Punkt dieser Beweisführung anbetrifft, so meint also Stenglein, dass, wenn concursus necessarius vorliegt — denn d. h. wenn die Handlung garnicht ohne die Einwirkung des Schuldners oder Dritten gedacht werden kann — die Bestrafung des sog. notwendigen Teilnehmers ausgeschlossen sei.

---

[1]) v. Liszt, S. 215 unter 2.

Zur Widerlegung dieser Ansicht ist es erforderlich, kurz eine Blick auf die juristische Natur des concursus necessarius zu werfe

Die meisten Delikte können von einer Person begangen werde ohne dass die Verwirklichung des verbrecherischen Thatbestand das Mitwirken einer zweiten Person mit Notwendigkeit voraussetz Es giebt aber auch Vergehen, zu deren Ausführung begriffli mindestens zwei Personen gehören, z. B. der Ehebruch, der Inze das Duell, der Aufruhr u. s. w. Das durch den Begriff dieser let ten Delikte geforderte Zusammenwirken mehrerer Personen nen die Doktrin concursus necessarius, ein Ausdruck, der zunächst v Martin gebraucht, dann von Schütze in seinem Buch: „Die no wendige Teilnahme“[1]) eingehend behandelt worden ist und von do aus Eingang in die neuere deutsche Litteratur gefunden hat. Alle der Begriff des concursus necessarius, auf den sich die zuletzt a geführte Ansicht stützt, ist ein verunglückter. Denn der angeblic Fall des concursus necessarius enthält in Wahrheit gar keine B sonderheiten und muss deshalb seine Einführung in die Lehre d Teilnahme Verwirrung stiften, wie dies insbesondere von v. Liszt scharf hervorgehoben ist. Handelt bei der sog. notwendigen Tei nahme der Mitwirkende in vorsätzlicher Mitwirkung, d. h. m Kenntnis der einzelnen Thatbestandsmerkmale des betreffend Delikts, so bietet der Fall gar keine Eigentümlichkeiten, es find vielmehr die allgemeinen Grundsätze von der Teilnahme uneing schränkte Anwendung. Es kann aber auch sein, dass der sog. no wendige Teilnehmer nicht wissentlich im Sinne des § 59 Str. G. B handelt. Z. B. es vollzieht A mit der B den Beischlaf unter de Vorgeben, er sei unverheiratet. Die B nimmt hier notwendig Weise am Ehebruch Teil und ist dennoch wegen des Fehlens d verbrecherischen Absicht nach § 59 Str. G. B's. straffrei. Die ist hier, wie Berner[3]) zutreffend sagt, nicht Subjekt des Verbreche sondern gleichsam notwendiges Objekt. Dieser Fall gehört mith überhaupt nicht in die Teilnahmelehre, da der strafrechtliche Vo satz dem Teilnehmer fehlt.

---

[1]) Leipzig 1869.

[2]) v. Liszt, S. 200. Ihm schliesst sich Geyer I, S. 137 an.

[3]) Berner, die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berlin 1847. S. 1

Der concursus necessarius ist demnach entweder Teilnahme im strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht oder er fällt unter den Begriff der Teilnahme schlechthin.[1])

Wir gehen nunmehr auf § 213 K. O. zurück. Derselbe setzt ein unmittelbar doloses Verhalten des Stimmenkäufers voraus. Es finden also auch hier die allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme Anwendung.

Stenglein sagt weiter: „Wie die Motive zur Konkursordnung zeigen, ist .die Strafbarkeit des direkt Interessirten vielfach beschränkt." Die Stelle der Motive, auf die Stenglein hier abzielt, ist offenbar die folgende, vom ihm selbst kurz vorher[2]) angezogene: „Die Preussische Konkursordnung bedroht in den §§ 309, 341 die Konkursgläubiger auch dann mit Strafe, wenn sie nach erlangter Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage zu ihrer Begünstigung oder zum Nachteile der übrigen Gläubiger einen besonderen Vertrag mit dem Gemeinschuldner (§ 211) oder dessen Erben eingehen, würde also im Falle der Verletzung des § 23 No. 2 des Entwurfs wie den Gemeinschuldner so auch den Gläubiger strafen. Diese Vorschrift ist mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt worden. Der Gläubiger verfolgt sein Recht, verletzt er dabei den Konkursanspruch der übrigen, so kann er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden."

Die Bestimmung, für welche diese eben angeführten Sätze der Motive zunächst von Bedeutung werden, ist § 211 K. O. und in diesem Paragraphen die Frage nach der Bestrafung des hier nicht erwähnten Konkursgläubigers.

Letzterer beteiligt sich an dem von dem Schuldner aus § 211 begangenen Delikt insofern, als er die ihm von jenem angebotene Sicherheit oder Befriedigung, die er nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, annimmt. Aber mit dieser Annahme verfolgt er, ebenso wie die Konkursgläubiger in dem von den Motiven angeführten Fall, ein berechtigtes Interesse. Der Konkursgläubiger hat dem Schuldner eine Summe Geldes geborgt; dieser gerät in Zahlungsunfähigkeit, so dass der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird. Nun bietet ihm der Schuldner

---

[1]) Gründlich verfehlt sind die den Begriff der Teilnahme völlig verkennenden Ausführungen von Zadek, im Gerichtssaal, Bd. 40, Heft 8 S. 586 ff.

[2]) Rüdorff-Stenglein, zu § 213 K. O. A, 1.

dasjenige an, was er dem Gläubiger schuldig ist, d. h. die früher geliehene Summe, also das, worauf der Gläubiger ein Recht hat. Dieser muss das Geld dennoch, obgleich es ihm nach dem bekannten Satze: „nihil dolo creditor facit, qui suum recipit"[1]) zukommen würde, nach der strengeren Auffassung der Reichskonkursordnung im Gegensatz zum römischen Rechte wegen des schlechten Wirtschaftens des Schuldners zurückweisen. Mit dieser civilrechtlichen Ungültigkeit des dem Gläubiger vom Schuldner gemachten Angebots ist natürlich für die hier allein interessirende Frage, ob der Gläubiger auch kriminalrechtlich sich verantwortlich macht, noch nichts entschieden.

In dieser Hinsicht ist zu bemerken, das berechtigte Motiv, welches den Gläubiger dazu bringt, auf das strafbare Anerbieten des Schuldners einzugehen, ist allein, sich vor unverschuldetem Schaden zu schützen. Aus diesem Grunde bleibt nach der Reichs-Konkursordnung im Gegensatz zur Preussischen der Gläubiger straflos, da Niemand, der sein Recht verfolgt, bestraft werden kann.

Die besprochene Stelle der Motive zeigt mithin nicht, wie Stenglein meint, dass die Strafbarkeit des direkt Interessirten in der Konkursordnung beschränkt ist, sondern dass die Strafbarkeit desjenigen, der einem berechtigten Interesse nachgeht, überhaupt ausgeschlossen ist.

Will man diesen Gedanken auf § 213 K. O. anwenden, so könnte man höchstens fragen: Liegt bei dem Gemeinschuldner oder Dritten ein berechtigtes Interesse vor, wenn er dem Gläubiger besondere Vorteile für das Stimmen in gewissem Sinne gewährt oder verspricht oder nicht?

Im ersteren Falle würde er in Gemässheit des oben dargelegten Prinzips aus § 211 straflos, im zweiten strafbar sein.

Von einem berechtigten Interesse des Gemeinschuldners oder Dritten lässt sich nun aber gewiss nicht sprechen, da dieselben die bereits geschädigten Gläubiger durch die von ihnen beeinflusste Abstimmung noch empfindlicher und ungerechtfertigter zu schädigen suchen. Man kann sogar sagen, dass gegenüber dem Gemeinschuldner oder Dritten das berechtigte Interesse auf Seiten des Gläubigers liegt, der durch die Gewährung oder Verheissung der besonderen Vorteile veranlasst, in gewissem Sinne stimmt und den

[1]) l. 129. D. de regulis iuris 50, 17.

das Gesetz deshalb unter Strafe stellt, denn der Gläubiger sucht, was ihm schuldloser Weise verloren gegangen ist, zu retten. Der Gemeinschuldner oder Dritte trachtet darnach, fremdes Gut, das zum Teil bereits verwirtschaftet ist, vollständig dem Gesamtinteresse der Gläubiger zu entziehen.

Somit ergiebt sich auch aus dieser Betrachtung das Resultat, dass der Stimmenkäufer bestraft werden muss und zwar, da das Gesetz schweigt, nach den allgemeinen Teilnahmeparagraphen des Strafgesetzbuchs.

Der Vollständigkeit halber sei auch noch auf dasjenige Argument hingewiesen, welches Katz[1]) für die Straflosigkeit des Stimmenkäufers aus Art. 249e H. G. B's. anführt. „Derjenige, welcher“ — so behauptet Katz — „die Vorteile gewährt oder verspricht, ist auch unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung oder Teilnahme nicht strafbar, da das Gesetz ersichtlich nur die passive Seite, den Empfänger von Vorteilen und Versprechungen bestrafen will; denn dieser gefährdet, wenn er in der Absicht in dem gewünschten Sinne zu stimmen, angenommen wird, die Abstimmung, und damit die Fälschung des Mehrheitswillens weit mehr, wie die Gewährung der Vorteile oder die Abgabe des Versprechens.“

Zunächst erscheint bei dieser Argumentation der Schluss gründlich verkehrt, dass, weil die grössere Gefährdung des echten Mehrheitswillens mit besonderer Strafe belegt ist, die geringere Gefährdung der Abstimmung straflos bleiben soll. Aus den Anfangsworten bei Katz liesse sich logischer Weise und in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen der Teilnahmlehre allein die Folgerung ziehen, dass den Stimmenkäufer, d. h. den gewährenden oder versprechenden Teil, eine geringere Strafe trifft, als den Stimmenverkäufer, d. h. den die Vorteile empfangenden Teil.

Hiervon abgesehen bleibt aber noch zu untersuchen, ob denn wirklich aus der Annahme der besonderen Vorteile immer eine grössere Gefahr für den wahren Mehrheitswillen entspringt, als aus dem Gewähren oder Versprechen. Dies ist unzweifelhaft nicht der Fall, wenn der Stimmenkäufer Anstifter zu dem im Art. 249e unter Strafe gestellten Delikt ist. Denn dann droht dem Mehrheitswillen eine mindestens ebenso grosse Gefahr von Seiten des

---

[1]) Katz, zu Art. 249 e, A. 4, i. f.

Vorteile Gebenden oder Verheissenden als von dem sie Empfangenden. Wenn auch die unmittelbare Gefahr in dem Entgegennehmen der Vorteile besteht, so liegt hier in dem Verhalten des Stimmenkäufers erst der Anstoss zu dem Delikt.

Hat der Stimmenkäufer den Vorsatz gefasst, durch Verheissungen oder Geschenke den Aktionär zu einer bestimmten Art der Abstimmung zu bringen, so ensteht damit die eigentliche Gefahr für den Mehrheitswillen. Bietet der Stimmenkäufer eine genügend hohe Summe und zwar eine solche, welche die sich aus der unverfälschten Abstimmung für den einzelnen Aktionär oder Kommanditisten ergebenden Vorteile übersteigt, so wird es dem Stimmenkäufer in den meisten Fällen ein leichtes sein, aus der grossen Zahl der an der Generalversammlung beteiligten Personen ein gefügiges Werkzeug zu finden. Dass die Realisirung des wahren Mehrheitswillen in dem Stimmenkäufer, sobald von ihm die Anregung zu dem Delikt ausgeht, einen gefährlicheren Feind hat, als in dem Stimmenverkäufer, ergiebt sich besonders auch daraus: Wird der Stimmenverkäufer vor der Abstimmung schwankend und beteiligt sich an derselben nicht, so bleibt dennoch die Hauptgefahr bestehen; denn nun verführt der Stimmenverkäufer einen anderen Aktionär oder Kommanditisten. Fällt dagegen der Stimmenkäufer fort, so ist damit jegliche Gefahr für den Mehrheitswillen beseitigt; denn ohne den Stimmenkäufer kann das Delikt des Art. 249e H. G. B's. nicht zu Stande kommen.

Schliesslich zeigt uns auch die Thatsache, dass der Anstifter zu einem Vergehen in allen Fällen ebenso hart bestraft wird wie der Thäter, dass der Gesetzgeber von dem Gedanken ausgeht, den von ihm geschützten Lebensinteressen der Gesellschaft drohe von Seiten des Anstifters die gleiche Gefahr, wie von dem zu der verbrecherischen Thätigkeit Angeregten.

Diejenigen Schriftsteller, die eine Bestrafung des Stimmenkäufers für den Fall, dass der Stimmenberechtigte selbst die Anregung zum Verkauf der Stimme gegeben hat, für unzulässig erklären,[1] stützen, soweit sie Gründe anführen, ihre Ansicht darauf; der Stimmenkäufer habe in solchem Falle das gethan, was das Gesetz auf seine

[1]) Petersen und Pechmann zu Art. 249e, A. 3 f; Kleinfeller, zu Art. 249e A. 2b; Staub, zu Art. 249e, A. 6h; Petersen u. Kleinfeller, zu § 213, A. 8; Wilmowski, zu § 213, A. 1.

Seite voraussetze. Wenn mithin concursus necessarius vorliegt — denn d. h. wenn der Teilnehmer nur das gethan hat, was das Gesetz auf seiner Seite voraussetzt — soll er straflos sein. Da die Unrichtigkeit dieser Meinung schon oben zu beweisen versucht worden ist, so ist ein Eingehen auf diesen Punkt nicht mehr geboten.

Das Reichsgericht[1]), dessen Ansicht nicht übergangen werden darf, entscheidet dahin, dass wenn der Stimmenkäufer den Stimmenberechtigten durch Geschenke oder Versprechungen zum Stimmen in einem gewissen Sinne bringt, die Thätigkeit des Vorteil Gewährenden Verheissenden als unter dem Gesichtspunkt der Anstiftung fallend strafbar sei. Über den Fall, dass der Stimmenverkäufer selbst die Anregung zu dem Delikt des Art. 249e H. G. B's. giebt erklärt sich das Reichsgericht nicht.

Auch aus praktischen Gründen würde sich das Strafloslassen des Stimmenkäufers in keiner Weise empfehlen. Durch das Gesellschaftsinteresse soll sich der Aktionär bei der Abstimmung leiten lassen und gewöhnlich wird er dies thun; denn das Gesellschaftsinteresse ist praesumtiv auch das seine. Erst dadurch, dass sich ihm für eine andere Abstimmung Vorteile bieten, welche den aus einem der Gesellschaft günstigen Verhalten entspringenden Nutzen übersteigen, lässt sich der Aktionär dazu verleiten, sein Interesse höher zu stellen, als dasjenige der Gemeinschaft. Das Versprechen resp. Gewähren der Vorteile, das in beiden Fällen, mag der Stimmenkäufer Anstifter oder bloss Gehülfe sein, von letzterem ausgeht, ist die gesellschaftsgefährlichste Thätigkeit, weil sie auf den in fast jedem Menschen vorhandenen Egoismus speculirt. Derselbe wird, falls der Stimmenkäufer den Aktionär zu dem Versprechen bringt, den Mehrheitswillen zu fälschen, in dem Gesellschafter durch die in Aussicht gestellten Vorteile wachgerufen, und wird, wenn sich der Aktionär zu der gesellschaftsfeindlichen Abstimmung erbietet, erst durch die verheissenen resp. gewährten Geschenke für das Wohl der Gesellschaft gefährlich.

Das Handeln des Stimmenkäufers bildet also beide Male die Grundlage für das Zustandekommen des deliktischen Thatbestandes. Will mithin das Gesetz, dass die Abstimmung der Generalversammlung unter allen Umständen dem Gesellschaftsinteresse zum Siege

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 122 ff.

verhilft, so muss es in erster Linie den Stimmenkäufer treffen, andernfalls bliebe es auf halbem Wege stehen.

Fassen wir nunmehr die gesamten bisherigen Ausführungen noch einmal kurz zusammen, so gelangen wir zu dem Ergebnis, dass der Stimmenkäufer, d. h. derjenige, der die besonderen Vorteile gewährt oder verspricht, unter den Art. 249e H. G. B's. fällt und zwar sind, da der Artikel über ihn schweigt, die allgemeinen Teilnahmeparagraphen für die Strafbarkeit des Stimmenkäufers massgebend.[1])

Der Stimmenkäufer ist Anstifter, wenn er den Aktionär resp. Kommanditisten dazu bringt, besondere Vorteile oder Versprechungen für das Stimmen in einem gewissen Sinne anzunehmen. Der Stimmenkäufer erfüllt in diesem Falle den Thatbestand des § 48 Str. G. B's. und ist demgemäss gleich dem Thäter, d. h. demjenigen, der sich die Gewährung oder Verheissung zusichern lässt, zu bestrafen.

Gehülfe ist der Stimmenkäufer dann, wenn er der Aufforderung des Verkäufers, ihm für das Stimmen in gewissem Sinne besondere Vorteile zu gewähren oder zu versprechen nachkommt. Er leistet in diesem Falle dem Thäter zur Begehung des Vergehens durch That wissentlich Hülfe. (§ 49 Str. G. B's.) Die zu verhängende Strafe ist also gegenüber der für den Aktionär resp. Kommanditisten festgesetzten eine nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs zu ermässigende.

Mitthäterschaft des Stimmenkäufers, d. h. Erfüllung des Thatbestandes des § 47 Str. G. B's. ist, wie oben nachgewiesen wurde, bei dem in Artikel 249e unter Strafe gestellten Vergehen unmöglich.

Die in der Litteratur vielfach vertretenen entgegengesetzten Ansichten haben in den meisten Fällen ihren Grund in der unzutreffenden analogen Anwendung des § 211 K. O., der §§ 331 ff. R.

---

[1]) Derselben Ansicht sind: Puchelt-Förtsch, zu Art. 249 e, A. 6; Kayser, zu Art. 249 e, A. 6; Hälschner, bes. Theil, S. 423 (§ 213 K. O.); Merkel in Holtzendorffs Handbuch, Bd. IV, S. 454 (§ 213 K. O.); Geyer, S. 68 (§ 213 K. O.); Oppenhoff, zu § 213 K. O. A. 8; Stieglitz, S. 717; Maurer, Gen. Ges., S. 388. Dagegen sind ausser den bereits erwähnten Schriftstellern: Ring, zu Art. 249 e, A. 1; Hergenhahn, zu Art. 249 e, A. 2; (Hergenhahn, Berufung, S. 131); von Liszt, S. 616 (Art. 249 e H. G. B's), S. 437 (§ 213 K. O.); Meyer, S. 602; Pröbst, Gen.-Ges. S. 730; zweifelnd Rasser in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 36, S. 361.

. G. B's., zum andern Teil in der Heranziehung des verunglückten griffes des concursus necessarius.

Aus diesen guten Gründen hat denn auch das Reichsstrafetzbuch da, wo es den Stimmenkauf behandelt, nämlich im § 109 de Teile, sowohl den Käufer wie den Verkäufer der Stimmen ; Strafe bedroht und zwar trifft hier, wenn die Veranlassung zu n Delikt vom Verkäufer ausgeht, d. h., wenn blosse Beihülfe bei n Stimmenkäufer vorliegt, den letzteren sogar die gleiche Strafe den Stimmenverkäufer. Gegenüber dieser strengen, bei dem mmenverkauf im Strafgesetzbuch vertretenen Ansicht, nimmt erdings das Handelsgesetzbuch mit seiner Verweisung auf die gemeinen Teilnahmebestimmungen einen milderen Standpunkt ein. in Grund aber ist ersichtlich, den Stimmenkäufer im Strafgesetzch wie den Stimmenverkäufer zu bestrafen, im Handelsgesetzbuch er straflos zu lassen.

§ 4.

nterpretation des Begriffsmerkmals: „Das Stimmen in einem gewissen Sinne".

Identität des Begriffes „Stimmen" im Art. 249e mit „Stimmenenthaltung" nach Zweck und Wortlaut der Vorschrift. Auch der dem Artikel 240e verwandte § 109 Str. G. B's. umfasst das Versprechen der Stimmenenthaltung. Interpretation der Worte: „Stimmen in einem gewissen Sinne". Hierzu ausreichend die allgemeine Abmachung, schlechtweg in allen Fällen im Sinne des Stimmenkäufers stimmen zu wollen. Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht Stenglein's und Kleinfeller's. Vorhandensein des Thatbestandmerkmals eines Stimmens in einem gew ssen Sinne auch beim Fortfall des dolosen Verhaltens vor thatsächlich erfolgter Abstimmung. Dagegen Strafbarkeit ausgeschlossen bei von Anfang an vorhandener Absicht des Stimmenverkäufers, nicht dem nur zum Schein gegebenen Versprechen gemäss zu stimmen. Weder Ausdrücklichkeit des Versprechens im Sinne des Stimmenverkäufers zu stimmen noch Ausdrücklichkeit der Annahme der gewährten Geschenke als Gegenleistung für die Abstimmung erforderlich.

Art. 249e stellt den Stimmenkauf unter Strafe. Er will, dass Aktionäre sich durch das Gesellschaftsinteresse leiten lassen l nicht anders als aus freier Ueberzeugung stimmen sollen. gen diese Vorschrift verstösst der Aktionär, der in der Generalrsammlung nicht seine Überzeugung, sondern gegen gewährte

Vorteile diejenige eines anderen zum Ausdruck bringt. Der Artikel bezeichnet ein solches societätsfeindliches Verhalten eines Gesellschafters mit den Worten „in einem gewissen Sinne (zu) stimmen“. Dieser Wortlaut scheint dafür zu sprechen, dass der Stimmenkäufer nur bestraft werden soll, wenn er durch die Geschenke veranlasst eine Abgabe seiner Stimme in dem gewünschten Sinne in Aussicht stellt, nicht aber für das Versprechen der Stimmenthaltung. Allein gegen eine so enge Interpretation des Gesetzes spricht zunächst der Geist und Zweck des Artikels. Der Aktionär, der die Zusage der Stimmenthaltung macht, begiebt sich der freien Disposition über seine Stimme ebenso, als wenn er diese im Sinne des abgeschlossenen Handels abzugeben verheisst. In beiden Fällen kommt nicht der wahre Wille des Aktionärs zum Ausdruck. Das Versprechen der Stimmenthaltung gefährdet also wie die Zusage einer bestimmten Abstimmung den wahren Mehrheitswillen. Will mithin der Gesetzgeber der Fälschung des Mehrheitsbeschlusses wirksam entgegentreten, so muss er nicht bloss die Zusage einer bestimmten Abstimmung, sondern auch das Versprechen der Stimmenthaltung bestrafen.

Auch lässt der Wortlaut des Artikels eine solche Auslegung zu; denn auch die Stimmenthaltung ist eine Art der Abstimmung, durch welche man seinen Willen in der Generalversammlung zum Ausdruck bringen und im Effekt unter Umständen dasselbe erreichen kann, wie durch die Abgabe der Stimme. Stimmenthaltung ist nun in zwei Formen möglich: Entweder der erschienene Aktionär enthält sich der Abstimmung oder der Aktionär nimmt garnicht an der Generalversammlung teil. Die Motive [1]) sprechen ausdrücklich nur von dem zweiten Fall, mit den Worten: Es „ist von dem ausbleibenden Aktionär anzunehmen, dass er sich im voraus den Beschlüssen der Mehrheit der erschienenen Aktionäre habe unterwerfen wollen“.[2]) Allein da im Effekt durch die Stimmenthaltung des in der Generalversammlung anwesenden Aktionärs dasselbe erreicht wird wie durch dessen Nichterscheinen, so trifft die Ansicht der Motive auch auf den zweiten Fall zu. Der Aktionär hat also, wie die Motive

[1]) Motive § 13, II.

[2]) Vgl. Renaud, Recht der Atiengesellschaft, 2. Auflage, S. 460. v. Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch, Art. 224, § 1; Keyssner, Handelsgesetzbuch, Art. 224, Note 3.

zutreffend folgern, präsumtiv die Absicht, so zu stimmen, wie die Majorität, von der er annimmt, dass ihr Beschluss für das Gesellschaftsinteresse der günstigste sei. Es liegt mithin auch in der Stimmenthaltung eine das schliessliche Ergebnis beeinflussende Art der Abstimmung.

Ferner lässt sich aus den Worten des Art. 249e „in einem gewissen Sinne" die hier verteidigte Ansicht rechfertigen. „In einem gewissen Sinne" bedeutet, wie später noch näher ausgeführt werden wird, nach dem Willen des Stimmenkäufers. Der Wille des letzteren kann aber nicht blos eine positive Richtung haben, sondern auch negativ die Stimmenthaltung bezwecken. Auch in diesem Fall weiss der Aktionär, wie er über seine Stimme verfügen soll. Es liegt mithin ein Stimmen in gewissem Sinne vor, indem die anbefohlene Stimmenthaltung dem Aktionär die Weisung für sein Verhalten bei der Abstimmung giebt.

Wesentlich unterstützt wird die hier vertretene Ansicht auch durch den analogen § 109 St. G. B's.

§ 109 sagt: „Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft . . . wird — bestraft," d. h. derjenige, der sich das Dispositionsrecht über die Stimme eines Wahlberechtigten durch Geld oder andere Vorteile verschafft hat. Jeder also, der sich durch Geschenke irgend eine Verfügung über eine fremde Stimme erworben hat, ist Thäter des in Rede stehenden Vergehens. Ein Verfügungsrecht über die Stimme des Wählers besitzt aber nicht bloss derjenige, dem die Abgabe der Stimme in seinem Sinne zugesagt, sondern auch derjenige, dem die Enthaltung der Stimme versprochen ist. Der Kauf der Wahlstimme umfasst also sowohl den Kauf der Wahlstimmabgabe als denjenigen der Wahlstimmenthaltung.[1])

Entgegen dieser Ansicht nimmt eine Anzahl von Schriftstellern[2]) an, dass unter dem Kauf der Stimme nur deren Erwerb zum Zwecke der Abstimmung zu verstehen sei. Allerdings erkennen mehrere

---

[1]) So Berner, S. 376; Meyer, S. 655; Schneidler, im Gerichtssaal, Bd. XXXX, S. 21 ff. Siehe auch die schlagenden Ausführungen bei Freudenthal a. a. O., S. 52 und 53.

[2]) v. Liszt, S. 534; Olshausen, zu §. 109, A. 3; Rüdorff-Stenglein, zu § 109, A. 5; Hälschner, bes. Teil, S. 787; Schütze, deutsches Strafrecht (1874) S. 258 ff; Oppenhoff zu § 109, A. 6; v. Schwarze, zu § 109, A. 4: zweifelnd Geyer, II S. 134.

dabei an, dass die ratio legis eine Bestrafung für die zugesagte Stimmenthaltung verlange, wie dies auch im bayerischen Strafgesetzbuch[1]) geschehen sei, in welchem sowohl der Kauf der Stimmenthaltung wie der Kauf der Stimmabgabe ausdrücklich unter Strafe gestellt sind. Die Gründe, aus denen dennoch die Strafbarkeit der Stimmenthaltung abgelehnt wird, obgleich der gesetzliche Wortlaut dazu nicht zwingt, sind folgende:

Olshausen[2]) sieht in der Stimmenthaltung keine Entäusserung der Wahlstimme, weil nur, wer sich des Rechts, nach freier Überzeugung zu wählen, zu Gunsten eines Andern, der seinerseits über die Stimme zu disponiren berechtigt sein soll, begiebt, sich seiner Stimme entäussert. Der Andere habe bei der Stimmenthaltung keine Disposition über die Stimme, sondern gleichsam nur ein Untersagungsrecht. Allein in jedem Untersagungsrecht liegt zugleich auch ein Dispositionsrecht. Wer sich das Recht gesichert hat, einem Andern das Stimmen zu untersagen, disponirt über dessen Stimme. Der Stimmenverkäufer ist der Verfügung über seine Stimme beraubt, gleichviel ob ihm eine bestimmte Abstimmung vorgeschrieben ist oder ob er sich der Abstimmung enthalten muss. In beiden Fällen ist das Dispositionsrecht über die Stimme dem Stimmenverkäufer verloren gegangen und der Stimmenkäufer hat das Recht, über die Stimme nach seinem Willen zu verfügen. Die Disposition hat nur im ersten Falle eine positive, im zweiten eine negative Richtung, bedeutet aber beide Male für den Stimmenverkäufer einen Verzicht auf eine Wahl aus freier Überzeugung und ein Übergehen der Verfügungsgewalt über die Stimme auf den Stimmenkäufer. Es liegt also sowohl in dem Versprechen der Stimmenthaltung als auch in der Zusage einer bestimmten Stimmabgabe eine Entäusserung der freien Überzeugung, so dass dem anderen Teil die Verfügung über die Stimme verschafft wird.[3])

Gelangt man hiernach zu dem Ergebnis, dass der § 109 Str. G. B's. auch die Stimmenthaltung mit umfasst, so liegt darin, wenn auch kein Beweis, so doch ein beachtungswertes Moment

---

[1]) Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861, Art. 152, ebenso auch das neuere französische Wahlgesetz, Art. 105; vgl. ferner auch Rüdorff-Stenglein, l. c. und Schütze, l. c.

[2]) Olshausen, l. c.

[3]) Damit widerlegt sich auch Hälschners Anstich, l. c.

zu Gunsten der oben vertretenen Ansicht, dass auch im Art. 249e H. G. B's. die durch Vorteile erkaufte Stimmenthaltung mit Strafe bedroht ist; denn der gesetzgeberische Zweck ist in beiden Fällen derselbe.

Ist bisher auseinandergesetzt, was unter dem Worte „Stimmen“ im Art. 249e zu verstehen sei, so fragt es sich nunmehr weiter, was das Gesetz mit dem Stimmen „in einem gewissen Sinne meint.“

Gleichwertig mit stimmen in einem gewissen Sinne ist, wie aus den Motiven[1]) hervorgeht, stimmen in einem bestimmten Sinne. Man kann daher sagen, dass eine Abstimmung in einem gewissen Sinne vorliegt, wenn der Aktionär so stimmt, wie ihm der Stimmenkäufer bestimmt hat. Es ist also nötig, dass vor der Generalversammlung, in welcher der Aktionär in einem gewissen Sinne stimmen soll, zwischen Aktionär und Stimmenkäufer vereinbart wird, in welcher Weise jener seine Stimme abgeben soll. Sobald dann der Gesellschafter in Gewissheit ist über die vom Stimmenkäufer beabsichtigte Dispositionsweise und diese bei der Abstimmung zu beobachten verspricht, liegt die Zusage einer Abstimmung in einem gewissen Sinne vor. In einem gewissen Sinne bedeutet mithin so viel, wie in dem zwischen Aktionär und Stimmenkäufer vereinbarten Sinne.

Demnach fällt unter die Zusage des Stimmens in einem gewissen Sinne das Versprechen, übereinstimmend mit einer bestimmten Person oder zu Gunsten resp. zum Nachteil derselben zu stimmen, „mit ihr durch dick und dünn zu gehen“[2]). Denn in allen diesen Fällen ist zwischen Aktionär und Stimmenkäufer eine bestimmte Richtung vereinbart, in welcher die Abstimmung erfolgen soll.

Anderer Ansicht sind hier Oppenhoff[3]) und Stenglein[4]), die in dem unserem Artikel analogen § 213 K. O. Abmachungen, wie „zu Gunsten des Schuldners zu stimmen“, für nicht die Worte in „einem gewissen Sinne“ erfüllende Verabredungen erklären. Stenglein führt zur Begründung seiner Ansicht an: Solche

---

[1]) Motive, zu Art. 249 e.

[2]) Staub, zu Art. 249 e, A. 2b. Übereinstimmend auch Freudenthal a. a. O., S. 49.

[3]) Oppenhof, zu §. 213 K. O., A. 6.

[4]) Rüdorff-Stenglein, zu § 213 K. O., A. 5.

Abmachungen „werden nicht leicht vorkommen, noch weniger etwas dafür geboten werden. Dieselben würden aber auch die Worte des Gesetzes nicht decken". Dieser Grund ist hinfällig, denn wer zu Gunsten des Gemeinschuldners in § 213 K. O. zu stimmen verspricht, macht die Zusage, in dem Sinne einer ganz bestimmten Person zu stimmen. Die Abrede ist damit hinlänglich deutlich formulirt und nicht so allgemein gehalten, dass hier von einem Stimmen in einem gewissen Sinne keine Rede sein kann.

Auch die Verabredung, von der Kleinfeller[1]) behauptet, dass sie nicht die Worte „in einem gewissen Sinne" erfüllt, verwirklicht den Thatbestand des Art. 249e. Kleinfeller meint nämlich, dass der Aktionär, der dem Stimmenkäufer die Disposition über seine Stimme, „wenn dieser bei irgend einer Abstimmung eine Stimme brauchen sollte", verspricht, keine Zusage eines Stimmens in gewissem Sinne macht.

Hiergegen ist einzuwenden, dass auch in diesem Falle dem Aktionär bestimmt ist, wie er stimmen soll, nämlich im Sinne des Stimmenkäufers. Der Zusatz, wenn der Stimmenkäufer bei irgend einer Abstimmung eine Stimme brauchen sollte, giebt nur den Zeitpunkt an, in welchem der Aktionär seine Zusage, in dem ihm bestimmten Sinne zu stimmen, verwirklichen soll. Dies spezialisirt lediglich das Stimmen in gewissem Sinne, indem dieses auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses beschränkt wird. Es genügt zur Verwirklichung des Thatbestandes des Art. 249e die Abrede des durch dick und dünn Gehens. Umsomehr reicht natürlich die hier in Rede stehende, viel präcisere Vereinbarung aus.[2])

Es ist ferner die Frage zu entscheiden, ob eine Abstimmung in einem gewissen Sinne auch dann vorliegt, wenn der Stimmenverkäufer entgegen dem von ihm gegebenen Versprechen von vornherein entschlossen war, unter allen Umständen nach seiner eigenen Ueberzeugung zu stimmen, wenn also die dem Stimmenkäufer gegebene Zusage eine nur scheinbare war.

---

1) Kleinfeller, zu Art. 249e, A. 3b (S. 188 ff).

2) Der hier verteidigten Ansicht folgen: Staub, l. c; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249e A. 2; Petersen und Kleinfeller, zu § 213 K. O., A. 1 i. Stieglitz, zu § 213 K. O., S. 717; v. Völderndorf, die Konkursordung für d Deutsche Reich, 2. Aufl. 1885, Bd. III, S. 53 (§ 213).

Bevor diese Frage entschieden werden kann, sind zwei Fälle, die von dem eben angeführten streng zu trennen sind, einer kurzen Prüfung zu unterwerfen. Der erste dieser beiden Fälle ist folgender: Der Aktionär hat auf Grund der gewährten Geschenke dem Stimmenkäufer die ernstlich gemeinte Zusage gemacht, in seinem Sinne zu stimmen. Nachträglich findet der Aktionär, dass die dem Stimmenkäufer verheissene Art der Abstimmung dem Interesse der Gesellschaft entspricht und somit dieselbe ist, gemäss welcher er auch ohne die ihm gewährten oder versprochenen Vorteile verfahren wäre. Hier macht sich der Aktionär verbindlich, in dem Sinne des Stimmenkäufers zu stimmen, er begiebt sich also, indem ihm seine Stimme gegen die gewährten Vorteile feil wird, der freien Disposition über dieselbe, so dass er ohne Wortbruch seine Ansicht nicht ändern kann. Damit aber ist bereits, wie oben gezeigt wurde, der Thatbestand des Art. 249e erfüllt. Denn in dem Art. 249e ist, um der Fälschung des Mehrheitswillens vorzubeugen, ohne Rücksicht auf den etwa eintretenden Erfolg schon der Fall unter Strafe gestellt, dass der Aktionär gegen Entgelt die Verpflichtung übernimmt, im Sinne eines Anderen zu stimmen.

Das Gesetz geht hierbei von der Erwägung aus, dass der Aktionär, der für Geschenke einem Anderen das Verfügungsrecht über seine Stimme einräumt und somit seinen Vorteil über den der Gesellschaft stellt, eine gesellschaftsfeindliche Gesinnung zeigt, die mit dem gedeihlichen Bestehen der Societät unvereinbar ist. Auch in unserem Falle bekundet der Aktionär eine solche gesellschaftsfeindliche Gesinnung; denn er beabsichtigt in dem Augenblick, in welchem er die Zusage der Abstimmung in einem gewissen Sinne macht, eine Fälschung des Mehrheitswillens, indem er sich infolge der Geschenke nur durch sein Interesse, nicht durch das der Societät leiten lässt. Es liegt hier auf Seiten des Aktionärs, wie Olshausen[1]) zutreffend sagt, mindestens dolus eventualis vor; denn der Thäter hat in den strafbaren Erfolg eingewilligt. Der Aktionär also, der gegen die Leistung von Vorteilen eine Abstimmung im Sinne des Stimmenkäufers einmal ernstlich zugesagt hat, macht sich des Deliktes aus Art. 249e unter allen Umständen schuldig, gleichviel, ob die verheissene Art der Abstimmung der

---

[1]) Olshausen, zu § 109 A. 3.

von ihm nachträglich als der Gesellschaft nützlich erkannten entspricht oder derselben zuwiderläuft. Es bedarf daher auch in den Entscheidungsgründen des Urteils keiner besonderen Feststellung dahin, dass das Versprechen des Aktionärs, in einem gewissen Sinne zu stimmen, gegen seine Überzeugung gemacht wurde, bezw. die Übereinkunft auf die Ausübung des Stimmrechts gegen die Überzeugung des Stimmenden ging. Entscheidend ist vielmehr, wie dies auch das Reichsgericht mit vollem Recht annimmt, die blosse entgeltliche Übernahme der Verpflichtung, in einem gewissen Sinne zu stimmen.[1])

Der zweite nicht hierher gehörige Fall liegt dann vor, wenn der Aktionär sich auf Grund der angebotenen Geschenke ernstlich verpflichtet hat, den Willen des Stimmenkäufers in der Generalversammlung zum Ausdruck zu bringen, vor der Abstimmung aber, entgegen dem gemachten Versprechen, nach seiner Überzeugung zu stimmen beschliesst. Hier wird ebenfalls der Thatbestand des Art. 249e verwirklicht; denn das Gesetz bestraft nicht die Verletzung des Mehrheitswillens, sondern bereits dessen Gefährdung. Eine solche liegt aber schon in dem Verkauf der Stimme gegen Geld oder andere Vorteile. Durch den Verkauf der Stimme wird, wenn auch der Aktionär zur Erfüllung seiner Zusage nicht gezwungen werden kann, immerhin seine freie Entschliessung „durch das Bewusstsein, dass er seine Zusage verletze, wenn er nicht seine Stimme in der ihm bezeichneten Richtung abgebe, erschwert werden".[2])

Ferner ist jedes Aufgeben der freien Disposition über die Stimme, ohne dass es erst auf den Eintritt des Erfolges ankommt, ein deutliches Zeichen dafür, dass sich der Aktionär zur Zeit der Übernahme der Verpflichtung von einer gesellschaftsfeindlichen Gesinnung hat leiten lassen. Mithin macht sich der Aktionär nach

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX., S. 197 ff., Bd. XVII, S. 296 ff. So auch Stenglein in der Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, Bd. VIII, S. 105; Hergenhahn, zu Art. 249 e, A. 8; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249 e, A. 2 i. f.; Petersen und Kleinfeller, zu § 218 K. O., A. 1; Kleinfeller, zu Art. 249 e A. 3 c; Olshausen zu § 109, A. 3; Hälschner, bes. Teil, S. 787; Rüdorff-Stenglein, zu § 109, A. 4; Schneidler, im Gerichtsaal, Bd. XXXX, S. 22; a. M. v. Schwarze. zu § 109, A. 5.

[2]) So das Reichsgericht, Entsch. in Strafsachen, Bd. XVIII, S. 298; vgl. auch Freudenthal a. a. O. S. 53.

Art. 249e strafbar. Die spätere Willensänderung würde nur dann Straflosigkeit zur Folge haben, wenn die Verletzung des Gesellschaftsinteresses den Thatbestand des Art. 249e bildete.[1])

Wir kommen nunmehr zu der hier allein interessirenden Frage, ob auch dann, wenn der Aktionär von vornherein den festen Entschluss gehabt hat, nur seinen Willen in der Generalversammlung zum Ausdruck zu bringen, d. h. trotz der gewährten Vorteile nicht im Sinne des Stimmenkäufers zu stimmen, der Thatbestand des Art. 249e erfüllt wird. Hierzu muss, wie bereits oben angeführt ist, ein Kauf der Stimme zu Stande gekommen sein, d. h. der Stimmenkäufer muss zum Zwecke einer bestimmten Abstimmung Vorteile gewährt oder versprochen haben und der Aktionär muss auf Grund derselben die ernstlich gemeinte Zusage gemacht haben, gemäss des ihm gewordenen Auftrages zu stimmen. Es muss also eine Willenseinigung zwischen beiden Kontrahenten vorliegen. Dieses Essentiale jeden Kaufes ist aber vorliegend nicht gegeben, weil dem Aktionär, auch wenn er scheinbar die Zusage macht, nach dem Willen des Stimmenkäufers zu stimmen, die ernstliche Absicht fehlt, die für die Vorteile geforderte Leistung zu vollziehen. Da der Aktionär nicht das will, was er vorgiebt, kommt nur ein simulirtes Geschäft zu Stande, mithin selbst nach der Ansicht des einen der Kontrahenten, kein rechtsgültiges Geschäft.

Dies übersieht Stenglein,[2]) wenn er behauptet, dass auch dann ein Verkauf der Stimme vorliege, wenn der Verkäufer entschlossen sei, den Käufer um das Objekt, also hier um die versprochene Abstimmung in einem gewissen Sinne, zu betrügen. Denn war die Betrugsabsicht schon in dem Augenblick, in welchem nach der Ansicht des Käufers das Geschäft perfekt wird, vorhanden, so besteht überhaupt kein Zusammenhang zwischen dem gewährten Vorteil und der Abstimmung, sondern es liegt lediglich eine Leistung ohne Gegenleistung vor.

Aber auch aus kriminalrechtlichen Gründen lässt sich eine Bestrafung des Aktionärs nicht rechtfertigen; denn von einer Gefährdung des Gesellschaftsinteresses — und diese zu vermeiden ist, wie wiederholt erwähnt wurde, der einzige Zweck des Art. 249e —

---

[1]) Hälschner, l. c.

[2]) Rüdorf-Stenglein, zu § A., 1904.

kann keine Rede sein, wenn der Aktionär von vornherein entschlossen ist, lediglich *seinen* Willen in der Generalversammlung zum Ausdruck zu bringen. Vielmehr zeigt der Aktionär gerade dadurch, dass er sich *nur* durch das Interesse der Societät leiten lässt, indem er dazu beiträgt, dass die Generalversammlung diejenige wird, was sie sein soll, d. h. das Organ, in welchem der wahre Wille der Gesellschaft zu Tage tritt. Eine Bestrafung des Aktionärs nach Art. 249e würde also in diesem Falle einen Verstoss gegen die ratio legis bedeuten.[1])

Eine andere, hier weder zu entscheidende, noch interessirende Frage ist, ob der Aktionär nicht etwa wegen des gegenüber dem Stimmenkäufer begangenen Betruges bestraft werden kann.

Schliesslich ist noch zu erörtern, ob ein Stimmenkauf auch dann vorliegt, wenn das Stimmen in einem gewissen Sinne nicht der Verabredung gemäss *ausdrücklich* als der Zweck der gewährten Vorteile angegeben ist oder wenn die dafür gemachten Geschenke nicht *ausdrücklich* als Gegenleistung angenommen sind.

Wie bei jedem Kauf ist auch beim Stimmenkauf nicht notwendig, dass die für den Kaufpreis geforderte Leistung ausdrücklich ausgesprochen wird, vielmehr genügt, dass der Zweck der gewährten Vorteile hinlänglich deutlich erkennbar war. Ergiebt sich, dass die Geschenke aus keinem andern Grunde gegeben sein können, als um den Aktionär zu einer bestimmten Abstimmung zu bringen und steht ferner fest, dass der Aktionär die dem Stimmenkäufer erwünschte Art der Abstimmung kannte, so ist anzunehmen, dass der Aktionär die in den Vorteilen verborgene Absicht des Stimmenkäufers verstanden hat. Von der Erkennbarkeit des Zweckes würde man z. B. in folgendem Falle reden können. Der A, der gern in die frei gewordene Stelle eines Vorstandsmitgliedes einrücken möchte, fürchtet, dass andere Bewerber von der Mehrzahl der Aktionäre bevorzugt werden. Er begiebt sich deshalb zu einem wegen seiner zahlreichen Aktien einflussreichen Gesellschafter und macht diesem, nachdem er ihm seinen Wunsch, Vorstandsmitglied zu werden, erzählt hat, ein bedeutendes Geldgeschenk, welches auch angenommen wird.

---

[1]) Der im Text vertretenen Ansicht folgen: v. Liszt, S. 534; Häschner, S. 787; Olshausen, zu § 109, A. 3; Oppenhoff, zu § 109, A. 4; Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, Jahrgang 21, S. 257; Jahrgang 22, S. 210 und Freudenthal S. 53 und 54.

Hier wird zwar der Zweck der Vorteile bei der Gewährung nicht ausgesprochen, allein die näheren Umstände, dass der A Vorstandsmitglied werden will und dass B die nach der Aeusserung dieses Wunsches gewährten Vorteile in Empfang nimmt, lassen deutlich erkennen, dass die Absicht des A von B verstanden ist. Die Erkennbarkeit des Zweckes wird übrigens in den meisten Fällen vorliegen, wo derselbe nicht bezeichnet ist. Denn schon der Umstand, dass das Verschweigen des Zweckes den beabsichtigten Erfolg des Kaufes immerhin gefährdet, wird den vorsichtigen Käufer nur dann zu einem solchen Verhalten veranlassen, wenn er davon überzeugt ist, dass der Zweck seiner Geschenke nicht missverstanden werden kann[1].)

Ebenso wie der Zweck braucht auch die Annahme der Geschenke nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden; der Stimmenkauf kann dennoch zu Stande kommen. Das Sichversprechen- oder -gewährenlassen fordert keineswegs notwendig eine Thätigkeit des Aktionärs. [2]) Es genügt, dass aus den Umständen sein Einverständnis mit dem Versprechen oder Gewähren der Vorteile bezw. die Annahme derselben hervorgeht. Ein solches Einverständnis mit der Annahme der Geschenke läge z. B. vor, wenn der Aktionär nicht sofort das ihm wissentlich Zugewandte zurückgeben oder das ihm ohne sein Wissen Gewährte nach erlangter Kenntnis mit Erstattung des eventuell Verbrauchten zurückweisen würde.[3]) Auch würde sich der Aktionär dann strafbar machen, wenn er zwar nicht persönlich die Geschenke annähme, wohl aber die Annahme der Vorteile dadurch indirekt geschehen liesse, dass er einem Mitglied seiner Familie das Annehmen gestattete, oder dass er es unterlässt, das von einem Angehörigen ohne sein Wissen Angenommene wieder zurückzuerstatten, sobald er davon Kenntnis erlangt hat[4].)

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. II, S. 129 ff.; Bd. XI, S. 219 ff.; Staub, zu Art. 249 e, A. 2 b; Ring, zu Art. 249 e, A. 1; Kleinfeller, zu Art. 249 e, A. 3 a; Freudenthal a. a. O., S. 48 und 49.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 123; in Blum's Annalen, Bd. III, S. 156 ff.; Ring, l. c.; Petersen und v. Pechmann. l. c.

[3]) So auch Oppenhof, zu § 331, A. 9.

[4]) Vgl. Hälschner, bes. Teil, S. 1038; Meyer, S. 876; Rüdorff-Stenglein, zu § 331, A. 9.; v. Schwarze, zu § 331, A. 7; Ohlshausen, zu § 331, A. 5.

kann keine Rede sein, wenn der Aktionär von vornherein entschlossen ist, lediglich seinen Willen in der Generalversammlung zum Ausdruck zu bringen. Vielmehr zeigt der Aktionär gerade dadurch, dass er sich nur durch das Interesse der Societät leiten lässt, indem er dazu beiträgt, dass die Generalversammlung dasjenige wird, was sie sein soll, d. h. das Organ, in welchem der wahre Wille der Gesellschaft zu Tage tritt. Eine Bestrafung des Aktionärs nach Art. 249e würde also in diesem Falle einen Verstoss gegen die ratio legis bedeuten.[1])

Eine andere, hier weder zu entscheidende, noch interessirende Frage ist, ob der Aktionär nicht etwa wegen des gegenüber dem Stimmenkäufer begangenen Betruges bestraft werden kann.

Schliesslich ist noch zu erörtern, ob ein Stimmenkauf auch dann vorliegt, wenn das Stimmen in einem gewissen Sinne nicht der Verabredung gemäss ausdrücklich als der Zweck der gewährten Vorteile angegeben ist oder wenn die dafür gemachten Geschenke nicht ausdrücklich als Gegenleistung angenommen sind.

Wie bei jedem Kauf ist auch beim Stimmenkauf nicht notwendig, dass die für den Kaufpreis geforderte Leistung ausdrücklich ausgesprochen wird, vielmehr genügt, dass der Zweck der gewährten Vorteile hinlänglich deutlich erkennbar war. Ergiebt sich, dass die Geschenke aus keinem andern Grunde gegeben sein können, als um den Aktionär zu einer bestimmten Abstimmung zu bringen und steht ferner fest, dass der Aktionär die dem Stimmenkäufer erwünschte Art der Abstimmung kannte, so ist anzunehmen, dass der Aktionär die in den Vorteilen verborgene Absicht des Stimmenkäufers verstanden hat. Von der Erkennbarkeit des Zweckes würde man z. B. in folgendem Falle reden können. Der A, der gern in die frei gewordene Stelle eines Vorstandsmitgliedes einrücken möchte, fürchtet, dass andere Bewerber von der Mehrzahl der Aktionäre bevorzugt werden. Er begiebt sich deshalb zu einem wegen seiner zahlreichen Aktien einflussreichen Gesellschafter und macht diesem, nachdem er ihm seinen Wunsch, Vorstandsmitglied zu werden, erzählt hat, ein bedeutendes Geldgeschenk, welches auch angenommen wird.

---

[1]) Der im Text vertretenen Ansicht folgen: v. Liszt, S. 534; Häschner, S. 787; Olshausen, zu § 109, A. 3; Oppenhoff, zu § 109, A. 4; Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, Jahrgang 21, S. 257; Jahrgang 22, S. 210 und Freudenthal S. 53 und 54.

Hier wird zwar der Zweck der Vorteile bei der Gewährung nicht ausgesprochen, allein die näheren Umstände, dass der A Vorstandsmitglied werden will und dass B die nach der Aeusserung dieses Wunsches gewährten Vorteile in Empfang nimmt, lassen deutlich erkennen, dass die Absicht des A von B verstanden ist. Die Erkennbarkeit des Zweckes wird übrigens in den meisten Fällen vorliegen, wo derselbe nicht bezeichnet ist. Denn schon der Umstand, dass das Verschweigen des Zweckes den beabsichtigten Erfolg des Kaufes immerhin gefährdet, wird den vorsichtigen Käufer nur dann zu einem solchen Verhalten veranlassen, wenn er davon überzeugt ist, dass der Zweck seiner Geschenke nicht missverstanden werden kann[1].)

Ebenso wie der Zweck braucht auch die Annahme der Geschenke nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden; der Stimmenkauf kann dennoch zu Stande kommen. Das Sichversprechen- oder -gewährenlassen fordert keineswegs notwendig eine Thätigkeit des Aktionärs. [2]) Es genügt, dass aus den Umständen sein Einverständnis mit dem Versprechen oder Gewähren der Vorteile bezw. die Annahme derselben hervorgeht. Ein solches Einverständnis mit der Annahme der Geschenke läge z. B. vor, wenn der Aktionär nicht sofort das ihm wissentlich Zugewandte zurückgeben oder das ihm ohne sein Wissen Gewährte nach erlangter Kenntnis mit Erstattung des eventuell Verbrauchten zurückweisen würde.[3]) Auch würde sich der Aktionär dann strafbar machen, wenn er zwar nicht persönlich die Geschenke annähme, wohl aber die Annahme der Vorteile dadurch indirekt geschehen liesse, dass er einem Mitglied seiner Familie das Annehmen gestattete, oder dass er es unterlässt, das von einem Angehörigen ohne sein Wissen Angenommene wieder zurückzuerstatten, sobald er davon Kenntnis erlangt hat[4].)

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. II, S. 129 ff.; Bd. XI, S. 219 ff.; Staub, zu Art. 249 e, A. 2 b; Ring, zu Art. 249 e, A. 1; Kleinfeller, zu Art. 249 e, A. 3 a; Freudenthal a. a. O., S. 48 und 49.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 123; in Blum's Annalen, Bd. III, S. 156 ff.; Ring, l. c.; Petersen und v. Pechmann. l. c.

[3]) So auch Oppenhof, zu § 331, A. 9.

[4]) Vgl. Hälschner, bes. Teil, S. 1038; Meyer, S. 876; Rüdorff-Stenglein, zu § 331, A. 9.; v. Schwarze, zu § 331, A. 7; Ohlshausen, zu § 331, A. 5.

§ 5.

Das Begriffsmerkmal der „besonderen Vorteile“.

„Vorteile“ bedeutet nicht blos Geld. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, den Motiven und der Entstehungsgeschichte des § 109 Str. G. Bs. So auch Reichsgericht. Vorteile bedeuten ferner nicht blos Vermögensvorteile, sondern jede sinnliche oder ideelle Annehmlichkeit. Dies folgt aus dem Wortlaut, dem Zweck des Gesetzes, der regelmässigen Ausdrucksweise der Konkursordnung und des Reichsstrafgesetzbuchs, dem § 49a Str. G. B's., den §§ 331 ff. Str. G. B's., und den §§ 257—259 Str. G. B's. Widerlegung der entgegenstehenden Gründe Hergenhahns. Die Mittel der Bestechung im Einzelnen. Interpretation des Begriffsmerkmals: „besonderer Vorteil.“ Nur Abstimmungen in der Generalversammlung werden durch Art. 249e getroffen.

In Art 249e H. G. B's. ist der Stimmenkauf unter Strafe gestellt. Der Thatbestand verlangt also eine Stimmenveräusserung gegen Entgelt. Dieser Entgelt ist in der Fassung des Gesetzes mit den Worten „besondere Vorteile“ bezeichnet. Es fragt sich nunmehr, worin diese besonderen Vorteile bestehen.

Zunächst könnte man dadurch, dass es sich hier um einen Stimmenkauf handelt, zu der Ansicht kommen, dass nur Geld das pretium für die Stimmentäusserung bilden dürfe. Diese Ansicht wäre verfehlt. Sie würde einmal in Widerspruch stehen mit dem Wortlaut des Gesetzes, der „besondere Vorteile“ und nicht bloss Geld als Aequivalent bezeichnet. Sodann würde eine solche Interpretation auch gegen den Zweck des Gesetzes verstossen, da nicht nur derjenige Aktionär, welcher sich Geld für eine bestimmte Art der Abstimmung versprechen oder gewähren lässt, den wahren Mehrheitswillen gefährdet, sondern auch derjenige, der für andere als pekuniäre Vorteile eine solche zusagt.

Dies sprechen übrigens auch die Motive[1]) aus, indem sie sagen: „Als unlauter und im Hinblick auf die Zwangsnatur des Mehrheitsbeschlusses als strafbar erscheint es schon, dass der Aktionär seine Stimme durch Geld oder andere Vorteile hat kaufen lassen.“

Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass im § 109 Str. G. B's, wie auch Theorie und Praxis übereinstimmend anerkennen, der streng civilistische Begriff des Kaufes keine Anwendung findet und dass somit hier, wo das Gesetz überhaupt nichts über die Art des

---

1) Motive, zu Art. 239 e.

Entgeltes sagt, nicht blos Geld das pretium bildet. Die herrschende Ansicht trifft hiermit auch durchaus das Richtige; denn der Ausdruck, „wer eine Wahlstimme kauft oder verkauft" stammt aus dem preussischen Strafgesetzbuch (§ 86), welches ihn dem Art. 113 des Code pénal entlehnt hat.[1]) Der Ausdruck bildet eine Übersetzung der Worte: „qui aura acheté ou vendu un suffrage". Der Art. 113 fügt aber noch hinzu „à prix quelconque", — Worte, welche deutlich zeigen, dass der französische Gesetzgeber nicht nur an Geld als Gegenleistung gedacht hat. Das preussische Gesetz hat die letzteren Worte als überflüssig fortgelassen, weil schon ohnedies von einem Kauf im civilrechtlichen Sinne nicht die Rede sein könne, vielmehr die in Rede stehende Materie eine rein strafrechtliche sei, bei der, wie die Fassung in den §§ 309 ff. des preussischen Strafgesetzbuches zeigt, „Geschenke oder andere Vorteile," also nicht blos pekuniäre Mittel den Thatbestand bilden.[2])

Der erste Entwurf zum § 109 R. Str. G. B's.[3]) enthielt, um jedem Missverständnis von vornherein vorzubeugen, die Worte, wer „für Geld oder andere Vorteile" eine Wahlstimme kauft oder verkauft. Der zweite Entwurf[4]) beseitigte die Worte „für Geld oder andere Vorteile" wiederum als überflüssig, weil es von selbst einleuchte, dass hier der civilrechtliche Begriff und die Erfordernisse eines wirklichen Kaufgeschäftes nicht erfüllt zu werden brauchten.[5])

Es wäre mithin die einschränkende Interpretation des Stimmenkaufes auf seine civilistischen Erfordernisse in Art 249e, zumal auch der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht, eine der Entstehung und Entwickelung des Begriffes des Stimmenkaufes zuwiderlaufende.[6]) Auch das Reichsgericht schliesst sich der hier vertretenen Ansicht mit folgenden Worten an: „Es muss eine Erwerbung und bezw. eine Entäusserung des — freien — Wahlrechts für irgend

[1]) Siehe hierzu Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. VI, S. 195 i. f.; ferner Olshausen, zu § 109, A. 4.

[2]) Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten, Bd. I, S. 106.

[3]) Siehe erster Entwurf zum R. Str. G. B. § 91.

[4]) Siehe zweiten Entwurf zum R. Str. G. B. § 107.

[5]) Vgl. hierzu Rüdorff-Stenglein zu § 109, A. 2.

[6]) Oppenhoff, die Rechtssprechung des Königl. Obertribunals in Strafsachen, Bd. V, S. 274 ff; so auch Freudenthal S. 54.

ein das Privatinteresse des Wahlberechtigten berührendes Entgelt stattgefunden haben, die Ausübung des Wahlrechtes muss dem Wahlberechtigten feil geworden sein, ohne dass es auf eine bestimmte civilistische Obligationsform ankommt." Die Worte, wer eine Wahlstimme kauft oder verkauft, sind „im volkstümlichen Sprachgebrauche zu verstehen."[1])

Die besonderen Vorteile des Art. 249e sind aber auch nicht blos Vermögensvorteile. Dies folgt einmal aus der Fassung des Artikels, der „ganz allgemein von Vorteilen und nicht speziell und einschränkend nur von Vermögensvorteilen spricht."[2])

Ferner würde eine solche Interpretation der „besonderen Vorteile" auch hier gegen die ratio legis verstossen, weil der Mehrheitswille durch die Annahme von Vorteilen, welcher Art sie auch sein mögen, in gleicher Weise gefährdet wird. In jedem Falle lässt sich der Aktionär nicht durch das Interesse der Gesellschaft, sondern lediglich durch das seinige leiten.

Es kommt hinzu: Art. 249e H. G. B's. ist, wie schon wiederholt erwähnt wurde, dem § 213 K. O. nachgebildet. Die Strafbestimmungen der Konkursordnung aber zeigen deutlich, dass für sie Vorteile nicht identisch mit Vermögensvorteilen sind; denn sie unterscheiden scharf zwischen beiden Begriffen. § 212 braucht das Wort Vermögensvorteil und im § 213, also unmittelbar darauf, ist nur von besonderen Vorteilen die Rede. Der Gesetzgeber hat also hiernach unzweifelhaft die Absicht kundgegeben, in § 213 auch die Annahme anderer als pekuniärer Vorteile, wenn dadurch eine bestimmte Abstimmung erkauft wird, unter Strafe zu stellen.

Übrigens unterscheidet auch das Reichsstrafgesetzbuch durchgängig zwischen Vermögensvorteilen und Vorteilen. So ist in den §§ 253, 263, 266, 268, 272, 273, 302a—c, 349 ausdrücklich von Vermögensvorteilen, in den §§ 49a, 257—259, 331—334 lediglich von Vorteilen die Rede. Diese Thatsache berechtigt zu dem Schluss, dass überall wo von Vorteilen schlechthin die Rede ist, „der Begriff

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. VI. S. 196; Bd. XVII, S. 297.

[2]) Riesser, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXVI, S. 362 und die treffenden Ausführungen bei Freudenthal S. 59 und 60.

des Vorteiles in einem weiteren, auf Erzielung vermögensrechtlichen Gewinnes nicht beschränkten Sinne aufzufassen ist"[1]).

Aber auch noch andere Momente kommen hier in Betracht. So zeigt im § 49a der dem Ausdruck „Vorteile" beigefügte Zusatz „irgend welcher Art", dass auch die Gewährung von Vorteilen, welche nicht Vermögensvorteile sind, zur Begründung der Strafbarkeit geeignet sein sollen. Dies nimmt auch Theorie und Praxis allgemein an, so dass demgegenüber die einzeln dastehende Ansicht von v. Schwarze nicht in's Gewicht fällt[2]).

Die hier verteidigte Ansicht erhellt ferner aus den dem Art. 249e H. G. B's. analogen §§ 331, 332 und 334 Str. G. B's., welche das Delikt der Geschenknahme von Seiten eines Beamten unter Strafe stellen. Dieselben sind hervorgegangen aus den §§ 309ff. des preussischen Strafgesetzbuches. Bei ihrer Beratung erregte der Ausdruck „oder andere Vorteile" einerseits Besorgnis, weil er leicht so weit ausgedehnt werden könnte, dass die Rechtssicherheit darunter leiden würde, andererseits schien er deshalb notwendig, weil ohne die Nennung der „Vorteile" die Grenzen der Bestechung zum Nachteil des öffentlichen Interesses allzu eng gezogen sein dürften. Wenn dennoch im Gegensatz zum badischen Strafgesetzbuch (§ 663), welches nur die Bestechung durch Geld oder andere Vermögensvorteile ahndet, der Ausdruck „oder andere Vorteile" vom Gesetz aufgenommen ist, so lässt sich daraus, wie auch das Reichsgericht zutreffend schliesst[3]), erkennen, dass eine Beschränkung des Begriffes der Bestechung auf Vermögensvorteile dem Willen des Gesetzes zuwider sein würde[4]).

Auch bei der Begünstigung und Hehlerei, die in den §§ 257—259 Str. G. B's. unter Strafe gestellt sind, ergiebt die Entstehungs-Geschichte der betreffenden Paragraphen, dass unter „Vorteilen"

---

[1]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX, S 166ff.

[2]) v. Schwarze zu § 49a, A. 9; v. Schwarze behauptete auch im Reichstage, stenographische Berichte des Reichstags Bd. II, S. 1352, bei der Debatte über § 49a, dass das Strafgesetzbuch unter „Vorteil" stets einen vermögensrechtlichen Gewinn verstehe und dass dementsprechend die Worte „irgend welcher Art" trotz ihrer Allgemeinheit nicht geeignet seien, den specifischen Begriff des Vorteils, wie ihn das Gesetzbuch im Übrigen aufgefasst und verwertet hat, in diesem einzigen Falle auszudehnen. Vgl. hierzu die zutreffende Widerlegung bei Simonson, der Begriff des „Vorteils", S. 6ff.

[3]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX, S. 166ff.

[4]) Goltdammer, l. c., Bd. II, S. 670ff.

mehr verstanden werden soll als blosse Vermögensvorteile. Bei der Beratung über das preussische Strafgesetzbuch wurde der vorgeschlagene Ausdruck „aus eigenem Interesse“ als nicht prägnant genug abgelehnt und ebenso das Wort „Gewinnsucht“ deshalb, weil jeder egoistische Beweggrund auch ohne Gewinnsucht strafbar sei. Es herrschte die unbestrittene Ansicht, dass der Begriff des eigenen Vorteils nicht zu eng aufgefasst werden dürfe[1]).

Ueberall also, wo der Strafgesetzgeber den allgemeinen Ausdruck „Vorteile“ braucht, will er auch Vorteile jeglicher Art im Sinne des § 49a darunter verstanden wissen.

Entgegen dieser Ansicht behaupten einige Schriftsteller, dass unter den „besonderen Vorteilen“ des Art. 249e nur Vermögens-Vorteile zu verstehen seien, so Kayser[2]), v. Völderndorff[3]) und Hergenhahn[4]), nach dessen Meinung es nirgends aus dem Gesetz oder der Begründung erhelle, dass der Gesetzgeber sich der dem Strafgesetzbuch entsprechenden Sprechweise habe bedienen wollen.

Hiergegen ist einzuwenden, dass man dies ohne weiteres anzunehmen berechtigt ist, weil eine gewisse Vermutung dafür spricht, dass der Gesetzgeber ohne wichtige Gründe — und solche liegen nicht vor — bei Behandlung der gleichen Materie dieselbe Ausdrucksweise beibehält. Aber auch davon abgesehen, zeigt schon der Ausdruck „besondere Vorteile“ deutlich genug, dass im Art. 249e nicht blos Vermögensvorteile, sondern auch solche anderer Art, gemeint sind.

Ebensowenig ist der weitere von Hergenhahn angeführte Grund stichhaltig, dass die Aktiennovelle an einzelnen Stellen den Ausdruck „besondere Vorteile“ in einem Sinne gebraucht, welcher nur auf Vorteile von vermögensrechtlichem Werte gedeutet werden kann. Allerdings muss man zugeben, dass die in den angezogenen Artikeln 175b Abs. 1, 209b und h enthaltenen „besonderen Vorteile“ nur in Ansprüchen auf vermögensrechtliche Leistungen bestehen können.

---

[1]) Goltdammer, l. c, Bd. 1, S. 341, No. 5; Bd. 11, S. 528; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IV, S. 88 ff.

[2]) Kayser, zu Art. 249e, A. 2.

[3]) v. Völderndorff, S. 779.

[4]) Hergenhahn, zu Art. 249e, A. 4. Derselben Ansicht sind bezüglich des analogen § 109 Str. G. B's.: Berner, S. 376 und Schneidler, im Gerichtssaal, Bd. XXXX, S. 23; richtig dagegen Freudenthal S. 60 und 61.

Dies geht deutlich aus den Motiven[1]) hervor, welche die besonderen Vorteile zerlegen in gesellschaftliche Vorzugsrechte, z. B. Vorauserhebungen von Dividenden, Bezugsrechte von Aktien bei neuen Emissionen, und Entschädigung für die bei der Gründung zu leistenden Dienste aus dem Grundkapital der Gesellschaft oder zu Lasten derselben, d. h. also nur Vorteile vermögensrechtlicher Art.[2]) Ferner folgt dies aus der Natur der Aktiengesellschaft, welche ein auf vermögensrechtlicher Grundlage geschaffenes und bestehendes Institut ist und für das deshalb nur vermögensrechtliche Werte und nicht sinnliche oder ideelle in Betracht kommen können. Aber gerade der Umstand, dass an den von Hergenhahn angeführten Stellen kein Zweifel darüber bestehen kann, dass besondere Vorteile nur Vorteile vermögensrechtlicher Natur sein können, rechtfertigt den Schluss, dass das Gesetz es hier für überflüssig gehalten hat, den Vorteilen die selbstverständliche Spezificirung von Vermögensvorteilen zu geben. Ganz anders aber liegt die Frage im Art. 249e. Hier sind die besonderen Vorteile nicht auf Grund von Verträgen zwischen Aktionär und Gesellschaft ausbedungen und somit von selbst vermögensrechtliche, sondern solche zwischen Aktionär und einem beliebigen Dritten vereinbarte, die in den verschiedensten Werten bestehen können. Deshalb kann im vorliegenden Falle davon, dass das Gesetz auch hier den allgemeinen Ausdruck „Vorteile“ für Vermögensvorteile brauchen wollte, nicht die Rede sein, sondern man muss annehmen, dass durch die Wahl des Ausdrucks „Vorteile“, wie überall im Strafrecht, auch andere als Vermögensvorteile umfasst werden sollen.

Wenn endlich Hergenhahn geltend macht, dass der in Art. 249e unter Strafe gestellte Stimmenkauf nur Vorteile vermögensrechtlicher Art zulasse, so wird diese Behauptung durch die allgemeine, von Theorie und Praxis anerkannte Ansicht, dass der Stimmenkauf nicht die Erfordernisse eines Kaufes im civilrechtlichen Sinne zu erfüllen brauche, widerlegt.

Da im Hinblick auf die Zwangsnatur des Generalversammlungsbeschlusses jedes Mittel, durch welches eine Beeinflussung des wahren Willens der Societät hervorgerufen werden kann, als gesell-

---

[1]) Motive, § 7 Ba.

[2]) Vgl. hierzu Staub, zu Art. 209b, A. 1; ebenso Simonson, der Begriff des „Vorteils“, S. 96.

schaftsgefährlich zu betrachten ist, so ist hier der Ausdruck „Vorteile" in seiner weitesten Bedeutung zu fassen. Wie unbestritten feststeht, gehören in erster Linie zu den besonderen „Vorteilen" des Art. 249e Vermögensvorteile, d. h. Vermehrungen des Gesamtvermögenswertes, die nicht blos in dem Erwerb von Vermögensrechten, sondern in jeder günstigeren Gestaltung der Vermögenslage bestehen können.[1]) So wird man unter anderem als Vermögensvorteil anzusehen haben, die Erlangung von Kredit,[2]) die Befreiung von einer Verpflichtung,[3]) die Verschaffung eines Absatzes für eine Ware,[4]) die Erlangung oder Erhaltung einer Kundschaft,[5]) die Beseitigung eines Konkurrenzgeschäftes,[6]) ja auch jede Abwendung eines drohenden Vermögensnachteiles.[7]) Ferner kommen nicht blos dauernde Vorteile in Betracht, sondern auch vorübergehende. Man hat daher hierher zu rechnen die Erzielung einer verfrühten Zahlung, wie die Erlangung einer Stundung.[8]) Auch sinnliche Genüsse, wie die Gewährung von Getränken,[9]) die Gestattung des Beischlafes[10]) und die Bewirtung[11]) fallen unter die „besonderen Vorteile" des Art. 249e.

Schliesslich liegt, da das Gesetz keinerlei einschränkenden Zusatz zu den Worten „besondere Vorteile" macht, kein Grund vor, Vorteile ideeller Natur, wie z. B. solche, die zur Befriedigung des Ehrgeizes dienen, auszuschliessen; denn auch durch die Annahme solcher Vorteile unter der Zusage einer bestimmten Abstimmungsart zeigt der Aktionär seine gesellschaftsfeindliche Gesinnung. Er lässt sich auch hier nicht durch das Gesellschaftsinteresse leiten und gefährdet damit den Mehrheitswillen ebenso wie der Aktionär,

---

1) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. II, S. 352; Bd. III, S. 378; Bd. XVII, S. 233.

2) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XII, S. 395.

3) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IV, S. 279.

4) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. III, S. 202.

5) Oppenhoff, Rechtssprechung des Königl. Ob. Trib. in Strafsachen, Bd. XVIII, S. 161.

6) ebenda, Bd. XV, S. 340.

7) ebenda, Bd. XII, S. 771; Bd. XIII, S. 331.

8) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. XIII, S. 395.

9) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IV, S. 48.

10) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX, S. 166; Bd. V, S. 670.

11) Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, Bd. III, S. 37.

der für materielle Vorteile seine Stimme verkauft hat. Auch ladet vom subjektiven Standpunkt derjenige Gesellschafter, der sich durch ideelle Vorteile bestechen lässt, dieselbe Schuld auf sich, wie derjenige, welcher durch materielle Genüsse zu einer bestimmten Abstimmung gebracht wird. Beide widerstehen demjenigen Bestechungsmittel, welches gerade für sie einen Reiz hat, nicht.

Entsprechend den Ausführungen Feuerbach's[1]) über die Mittel zur Bestechung von Staatsbeamten, umfasst auch Art. 249e alles, „was zur Befriedigung der Sinnlichkeit überhaupt, insbesondere des Eigennutzes dient, also nicht blos Geld und Geldeswert, positiven und negativen Gewinn, z. B. Erlass einer Schuld, sondern auch alles Andere, was zur Beförderung des Ehrgeizes, der Eitelkeit, der Sinnlichkeit dient, z. B. das Versprechen der Beförderung im Dienst, eines Ordens" u. s. w.[2])

Es frägt sich ferner, was das Gesetz mit dem den Vorteilen beigefügten Zusatz „besondere" hat ausdrücken wollen. Besondere Vorteile sind hier, wie in den Artikeln 175,1, 209b und 209h solche, welche nicht allen Aktionären gleichmässig zu Teil werden, sondern dem Stimmenverkäufer allein zukommen. Man kann dies auch so ausdrücken: Von einem strafbaren Stimmenkauf kann nur die Rede sein, wenn sich der Stimmenverkäufer Vorteile gewähren lässt, welche sich nicht als Folge der Abstimmung selbst ergeben, sondern ausserhalb derselben liegen.[3]) Nicht getroffen wird aus diesem

---

1) Feuerbach, Themis No. 4, S. 210.

2) Derselben Ansicht sind: Staub, zu Art. 249e, A. 2a; Ring, zu Art. 249e, A. 1; Puchelt-Förtsch, zu Art. 249e, A. 4; Katz, zu Art. 249e, A. 3; Kleinfeller, zu Art. 249e, A. 3a, Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249e, A. 2; Fuld, im Gerichtssaal, Bd. XXXVII, S. 456ff; Simonson, l. c., S. 94ff; Frassati, in der Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 457ff; Petersen und Kleinfeller, zu § 213 K. O. A. 1; Stieglitz, zu § 213 K. O., S. 717; Oppenhoff, zu § 213 K. O., A. 5; v. Liszt, zu Art. 249e, S. 616, zu § 213 K. O., S. 436; Rüdorff-Stenglein, zu § 213 K. O., A. 4; Geyer, S. 177.

3) So zutreffend Staub, zu Art. 249e, A. 2 und 4; ferner Ring zu Art. 249e, A. 1; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249e, A. 2: „ein „besonderer" Vorteil ist derjenige, der sich nicht aus der Abstimmung selbst für die Aktionäre oder Kommanditisten ergiebt, sondern eben dem Abstimmenden für seine Zusage gewährt werden soll". Uebereinstimmend auch Frassati, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 457; Kleinfeller zu Art. 249e A. 3a; ähnlich auch Petersen und Kleinfeller, zu § 213 K. O., A. 1 und Stieglitz, zu § 213 K. O., S. 717.

Grunde das sogenannte Koteriewesen.[1]) Ebenso wie in den Parlamenten und anderen menschlichen Gemeinschaften fördert auch in der Aktiengesellschaft die Abstimmung nur dadurch brauchbare Ergebnisse zu Tage, dass die verschiedenen Interessenkreisen angehörigen Personen vor der Abstimmung Kompromisse miteinander schliessen.

Es wird z. B., wie Staub[2]) hervorhebt, vereinbart, „dass man von den gegenseitig aufgestellten Wahlkandidaten einzelne fallen lässt und dafür von jeder Gruppe einzelne Kompromisskandidaten wählt".

Auch hier liegt die Zusage einer Abstimmung in gewissem Sinne vor, aber die Vorteile, welche jeder Aktionär infolge des geschlossenen Kompromisses aus dem Obsiegen seiner Partei erwartet, kommen präsumtiv wie ihm, so allen Stimmberechtigten zu Gute. Es liegen Vorteile vor, die deshalb, weil sie sich aus der Abstimmung selbst und damit für alle Aktionäre gleichmässig ergeben, das Kriterium der „besonderen Vorteile" nicht erfüllen. Von einer Bestrafung solcher Kompromisse nach Art. 249e H. G. B's. kann also keine Rede sein; denn das Vorhandensein der „besonderen Vorteile" fehlt.

Auch würde es aus praktischen Gründen in hohem Grade unangemessen sein, hier Strafe eintreten zu lassen. Denn gerade Kompromisse, wie sie oben erwähnt sind, bewirken, dass die Abstimmung eine wohl erwogene und also dem Gesellschaftsinteresse gemässe, nicht das Ergebnis des blinden Zufalls wird.

Schliesslich ist es erforderlich, dass die „besonderen Vorteile" versprochen werden für das Abstimmen in der Generalversammlung; wer sich besondere Vorteile dafür gewähren oder versprechen lässt, dass er in einer Versammlung beispielsweise des Vorstands oder Aufsichtsrates in einem gewissen Sinne stimme, macht sich nach Art. 249e nicht strafbar.[3])

Dies folgt einmal deutlich aus dem Wortlaut des Artikels, der ausdrücklich von einer Abstimmung in der Generalversammlung spricht.

---

[1]) So auch Staub, zu Art. 249 e, A. 4 und Ring, zu Art. 249 e, A. 1.

[2]) Staub, l. c.

[3]) So Staub, zu Art. 249 e, A. 5; Ring, zu Art. 249 e, A. 1.; Petersen und v. Pechmann, zu Art. 249 e A. 1; Kleinfeller, zu Art. 249 e, A. 3b; Hergenhahn, zu Art 249 e, A. 1; Katz, zu Art. 249 e, A 4.

Ferner berührt lediglich die Abstimmung in der Generalversammlung die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft, denn die Beschlussfassung und Entscheidung in allen das Wesen der Gesellschaft berührenden Angelegenheiten bleibt der Generalversammlung überlassen. Der Wille der Aktiengesellschaft als der organisirten Gesamtheit der Aktionäre findet allein hier seinen Ausdruck. Bei dieser Stellung der Generalversammlung, die keinem anderen Organ der Gesellschaft die Bestimmung über die fundamentalsten Angelegenheiten der Gesellschaft überlässt, sondern einen kontrollirenden Einfluss auf Vorstand und Aufsichtsrat ausübt, liegt die wesentlichste Gefahr für die Societät darin, dass die Abstimmung in der Generalversammlung nicht den wahren Willen der Gesellschaft zu Tage fördert. Denn jede auf dem Mehrheitsbeschlusse beruhende Entscheidung der Generalversammlung wirkt zwingend sowohl gegen die in derselben Überstimmten als auch gegen die nicht Erschienenen und greift mithin, wenn sie fälschlich erzeugt ist, verletzend in die Rechtssphäre der übrigen Kommanditisten oder Aktionäre ein.[1]) Es kommt deshalb für das Gesetz in erster Linie darauf an, dafür zu sorgen, dass in der Generalversammlung der Mehrheitsbeschluss den wahren Willen der Gesellschaft unverfälscht zum Ausdruck bringt. Nur rücksichtlich der Beschlüsse der Generalversammlung lag aus den angeführten Gründen für den Gesetzgeber die Notwendigkeit vor, den wirksamen Schutz der Kriminalstrafe zur Hülfe zu rufen.

Die Sonderversammlungen benachteiligter Aktionäre in den Artikeln 180g Abs. 3 und 315 Abs. 6 H. G. B's. fallen, wie schon ihre Bezeichnung als Generalversammlung zeigt, selbstverständlich unter Art. 249e H. G. B's.[2])



[1]) Motive zu Art. 249e.

[2]) Vgl. Ring, l. c.; Petersen und v. Pechmann, l. c.; Hergenhahn, l. c.

Verzeichnis der Abkürzungen.

Berner = Lehrbuch des deutschen Strafrechts von A. F. Berner, 17. Aufl. 1895.

Gareis-Fuchsberger = Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran schliessenden Reichsgesetzen, herausgegeben von Dr. C. Gareis und Otto Fuchsberger, 1891.

Geyer = Grundriss zu Vorlesungen über gemeines Deutsches Strafrecht von Dr. A. Geyer, 1885.

Hälschner = Das gemeine Deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt von Dr. H. Hälschner, 1887.

Hergenhahn = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, erläutert von F. W. Hergenhahn, 1891.

Katz = Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. E. Katz, 1885.

Kayser = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von Dr. P. Kayser, 2. Aufl. 1891.

Kleinfeller = Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches erläutert von H. Stenglein, Dr. H. Appelius und Dr. G. Kleinfeller 1892.

v. Liszt = Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Dr. F. v. Liszt, 7. Aufl. 1895.

Meyer = Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Dr. H. Meyer, 5. Aufl. 1895.

Olshausen = Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. S. Olshausen, 4. Aufl. 1892.

Oppenhoff = Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von Dr. F. Oppenhoff, 12. Aufl., herausgegeben von Th. Oppenhoff, 1891.

Petersen u. Kleinfeller = Konkursordnung für das Deutsche Reich, für den praktischen Gebrauch erläutert von Dr. J. Petersen u. Dr. G. Kleinfeller, 3. Aufl. 1892.

Petersen u. von Pechmann = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. J. Petersen und W. Freiherr von Pechmann, 1890.

Puchelt-Förtsch = Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Dr. E. J. Puchelt, 4. Aufl. bearbeitet von R. Förtsch, 1893.

Ring = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, erläutert von V. Ring, 2. Aufl. 1892.

Rüdorff-Stenglein = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar von Dr. H. Rüdorff, 4. Aufl. herausgegeben von M. Stenglein, 1892.

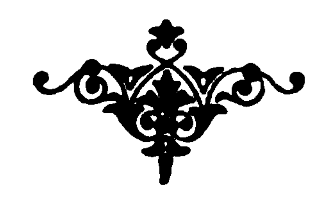
v. Schwarze = Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. F. O. v. Schwarze, 4. Aufl. 1879.

Staub = Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von Dr. H. Staub, 1. u. 2. Lieferung 3. Aufl., 3., 4. u. 5. Lieferung, 3. u. 4. Aufl. 1895.

Stieglitz = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, erläutert von W. Stieglitz, 1879.

v. Völderndorff = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, erläutert von Dr. O. Freiherrn von Völderndorff, 1885.

v. Wilmowski = Deutsche Reichs-Konkursordnung, erläutert von Dr G. v. Wilmowski, 4. Aufl. 1889.



Druck der Schlesischen Volkszeitung (Grosser & Comp.) Breslau.

Die Strafbarkeit

der widerrechtlichen Nötigung

nach dem Reichsstrafgesetzbuch.

Von

Dr. James Goldschmidt

Berlin.

BRESLAU 1897.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

VORWORT.

Ich möchte der Arbeit meines ehemaligen Schülers mit weni
Worten das Geleit geben. Sie betont den von mir in de
strafrechtlichen Übungen hervorgehobenen bedeutungsvollen Un
stand, dass in unserem Strafgesetzbuch das Geldinteresse gegenübe
den übrigen Lebensinteressen eine viel zu grosse Rolle spielt, wi
dies der Erpressungsparagraph im Verhältnis zum Nötigung
paragraphen beweist, der Fälle schlimmster Stupration ohne Ahndun
lässt. Die Ausführung über den Nötigungsbegriff und die geset
geberischen Ratschläge sind m. E. äusserst beachtenswert, und ic
möchte sehr wünschen, dass sie bald zum Fortschritt unserer Stra
rechtscodification beitragen möchten.

Berlin, 1897.

Kohler.

Als der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in erster Lesung vorlag und einer vielfach abfälligen Kritik unterzogen wurde, da fand man unter den sich gegen die prinzipiellen Grundlagen des Gesetzbuchs richtenden Vorwürfen nicht zuletzt den, dass der Entwurf den Kreis der privatrechtlich geschützten Lebensgüter zu eng ziehe, indem er nur die „materiellen Lebensgüter", insbesondere die Vermögensinteressen berücksichtige[1]). Man hatte „eine Erhebung des Privatrechts über den Kreis der nackten Vermögensinteressen hinaus, eine Verdrängung der romanistischen Engherzigkeit durch die inhaltlich reicheren, vielgestaltigeren Anschauungen des deutschen Rechtsbewusstseins"[2]) erhofft und sah sich in dieser Hoffnung getäuscht.

Diese Klage war nicht neu; sie konnte es schon deshalb nicht sein, weil sie sich nicht gegen ein vom Gesetzgeber aprioristisch in dem Entwurf zum Ausdruck gebrachtes Glaubensbekenntnis, sondern vielmehr gegen die in demselben zum Niederschlag gelangte römischrechtliche Weltanschauung richtete. Es hat denn auch jener Vorwurf von jeher das Feldgeschrei der Germanisten im Kampfe gegen die Romanisten gebildet, und der Mangel eines ausreichenden privatrechtlichen Schutzes der sogen. „immateriellen Lebensgüter" ist von Theoretikern wie Praktikern in dem Masse schwerer empfunden worden, als die modernen Lebensverhältnisse den Bann der römischrechtlichen Systematik zu durchbrechen streben.

Aber nicht nur im Privatrecht allein! Auf dem Gebiete des Strafrechts sieht man einen ähnlichen Gährungsprozess sich vollziehen, wenn auch hier in anderer Weise. Im Strafrecht hat man bereits seit einem Vierteljahrhundert das, was man im Privatrecht erst geschaffen

[1]) So Gierke in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung, Bd. XII. S. 1182 ff. und v. Liszt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs, 1889, § 2.

[2]) So v. Liszt a. O. S. 7.

hat, nämlich eine Kodifikation, und damit eine feste Grundlage weiterer Bestrebungen, einen gegebenen Anknüpfungspunkt sich erhebender Zweifel. Weit mehr noch als dem Civilrichter ist dem Strafrichter bei der täglichen Handhabung des deutschen R.Str.G.B. oftmals die Überzeugung gekommen, dass die römischrechtlichen Prinzipien auch hier einen gewissen Einfluss ausgeübt haben, dass gerade in Ansehung des strafrechtlichen Schutzes, den sie geniessen, die immateriellen Lebensgüter gegenüber den materiellen, insbesondere den Vermögensinteressen, zurückgesetzt sind. Dass unter den materiellen Lebensgütern wiederum gerade die Vermögensinteressen gegenüber den übrigen (Leib, Leben u. s. w.) bevorzugt sind, macht den Missstand nur um so grösser.

Es ist nun aber die Zurücksetzung eine zwiefache.

Die eine möchte man versucht sein, eine quantitative zu nennen: die auf Verletzung immaterieller Lebensgüter gesetzten Strafen sind sowohl bezüglich ihrer Art als auch ihres Masses geringer als die auf Verletzung materieller Lebensgüter angedrohten. Das leuchtet ohne Weiteres ein. Gegen einen bisher noch unbestraften Mann musste kürzlich das Strafminimum von einem Jahre Zuchthaus erkannt werden, weil er aus einem verschlossenen Koffer eine Mark entwendet hatte. Ein gewerbsmässiger Ehrabschneider und Verleumder hat höchstens eine Gefängnisstrafe zu gewärtigen. Auch hat das R.Str.G.B. bei einem Verleumder das Verhandensein mildernder Umstände für möglich angenommen und in diesem Falle Verhängung einer Geldstrafe zugelassen, während den, welcher sich an fremdem Eigentum vergriff, nichts vor dem Gefängnis retten kann.[3][4]

Die Ungerechtigkeit und Unzweckmässigkeit dieser Konsequenzen

---

[3]) Die oft gehörte Rechtfertigung der Strafdrohung des § 242 R.Str.G.B., ein Dieb werde keine Geldstrafe zahlen können, ist völlig unzutreffend. Dies beweist folgender dem Verfasser selbst vorgekommener praktischer Fall: Ein wohlhabender Bauer hätte beim Passieren eines Schiessplatzes eines der daselbst liegenden Bretter mitgenommen. Er bat vor Gericht flehentlichst, auf eine sei es auch noch so hohe Geldstrafe zu erkennen, musste aber zu dem Strafminimum, einem Tage Gefängnis, verurteilt und im Übrigen auf die Gnadeninstanz verwiesen werden.

[4]) Dass unter den materiellen Lebensgütern gerade wieder die Vermögensinteressen verhältnismässig bevorzugt sind, erhellt aus der einfachen Erwägung, dass man sich für das Jahr Zuchthaus, welches jener oben erwähnte Dieb für den Diebstahl der einen Mark erhalten musste, schon recht gefährliche Körperverletzungen leisten kann.

haben absolute und relative Strafrechtstheorieen, Juristen und Laien anerkannt. Diese sogen. quantitative Zurücksetzung ist vielleicht die auffallendste und daher denn auch am meisten besprochene.

Nicht minder folgenschwer ist aber die zweite Art der Zurücksetzung des Schutzes der immateriellen Lebensgüter. Man könnte sie die qualitative nennen, und sie stellt der juristischen Gedankenarbeit viel feinere, wenn auch schwierigere Aufgaben.

Diese Zurücksetzung kommt nämlich darin zum Ausdruck, dass gewisse Thatbestände nicht die Voraussetzungen erfüllen, welche die am nächsten kommenden Strafgesetze zum Eintritt ihrer Wirksamkeit erfordern, und dass infolge dessen gewisse immaterielle Lebensgüter schutzlos sind, während bei einer geringen Verschiebung des Thatbestandes ein dadurch in Betracht kommender ganz untergeordneter materieller Vermögenswert strafrechtlichen Schutz geniesst. Die folgenden Ausführungen sind bestimmt, einen besonders charakteristischen Fall in der angedeuteten Richtung zu behandeln.[5])

Nehmen wir den in der Praxis häufig genug vorkommenden Fall:

A hat ein Verbrechen begangen. B, welcher davon weiss, bedroht A mit der Strafanzeige, wenn A ihm nicht eine bestimmte Summe Geldes gebe. A giebt diese Summe her.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass hier der Thatbestand des § 253 R.Str.G.B. verwirklicht ist:

„Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist wegen Erpressung mit Gefängnis nicht unter Einem Monat zu bestrafen. Der Versuch ist strafbar."

Die drei Thatbestandsmerkmale, welche das Delikt der Erpressung ausmachen: Nötigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung

---

[5]) Es sei hier noch vorausgeschickt, dass im Folgenden der Ausdruck „immaterielle Lebensgüter" im Gegensatz zu Leib, Leben und Vermögen, als den „materiellen" gebraucht wird, dass also die Ehre, insbesondere die weibliche Geschlechtsehre, den „immateriellen Lebensgütern" zugerechnet wird. Einen ähnlichen Sprachgebrauch scheint v. Liszt a. O. zu befolgen. Dass ein Angriff gegen die weibliche Geschlechtsehre stets auch einer gegen die körperliche Unversehrtheit ist, steht dem nicht entgegen. Nicht der Körper des Weibes ist vorzugsweise verletzt, — dann wäre das Delikt ja nur Körperverletzung — sondern seine Ehre und zugleich das öffentliche Sittlichkeitsgefühl. Es sind daher immaterielle Güter, welche es zu schützen gilt.

— Gewalt oder Drohung — Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils sind in unserem Falle vorhanden. B ist der Erpressung schuldig und wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft. Er würde auch schon bestraft, selbst wenn er nur den **Versuch** einer Erpressung gemacht hätte.

Verschieben wir nun den Thatbestand etwas und setzen wir folgenden Fall:

A hat ein Verbrechen begangen. B, welcher davon weiss, droht der Tochter des A, C, er werde das Verbrechen ihres Vaters anzeigen, wenn sie sich ihm nicht hingebe. C, um ihren Vater zu retten, giebt sich dem B hin.[6])

Dass die Handlungsweise des B in der zweiten Fassung des Falles um vieles verwerflicher ist als in der des ersten, bedarf wohl keiner näheren Darlegung. Es handelt sich für uns jetzt aber um die Frage: Ist B nach geltendem deutschen Reichsrecht strafbar?

Der § 253 R.Str.G.B. ist auf den vorliegenden Fall diesmal nicht anwendbar; dies erhellt ohne Weiteres, denn es fehlt jede Absicht des B, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ebensowenig anwendbar sind aber auch die §§ 176 No. 2 und 177, denn diese setzen voraus, dass die zum aussereheliche Beischlaf missbrauchte Frauensperson sich in einem willenlosen oder bewusstlosen Zustand befand, beziehungsweise in einen solchen versetzt wurde, oder aber, dass sie durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben[7]) zur Duldung des ausserehelichen Beischlafs genötigt worden ist.

[6]) Der Fall erinnert an Shakespeares „Mass für Mass". Der Verfasser hat ihn mit Absicht verändert, weil die Eigenschaft des Angelo als Beamter sein Vergehen der lex specialis des § 339 R.Str.G.B. unterwerfen würde. Als Amtsmissbrauch darf sich die That des B nicht darstellen, sondern nur als Missbrauch thatsächlicher Verhältnisse.

[7]) Das wüttembergische Strafgesetzbuch (Art. 295) verlangte ebenso wie das österreichische (§ 125) nur allgemein „gefährliche Bedrohung", ebenso das braunschweigische (§ 172). Das hessische (Art. 329) und nassauische Strafgesetzbuch (Art. 322) forderten, dem nahe kommend, „gefährliche" allerdings „mit der Aussicht unverzüglicher Verwirklichung verbundene Drohungen". Baden (§ 335) und Sachsen (§ 180) verlangten fast genau übereinstimmend „mit der Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbundene Drohungen mit Tötung oder schweren körperlichen Misshandlungen, gerichtet gegen die Genötigte selbst oder gegen einen ihrer nahen Verwandten", speziell Baden (§ 81) „gegen ihren Ehegatten, einen Verwandten oder Verschwägerten in auf- und absteigender Linie ohne Unterschied des Grades, in der Seitenlinie bis zum zweiten

Alle diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die speziel die Sittlichkeit und weibliche Geschlechtsehre schützenden Sätze (Reichsstrafgesetzbuchs versagen demnach, und es kann sich mitl nur darum handeln, den die Willensfreiheit im Allgemein gewährleistenden Schutz des § 240 R.Str.G.B. anzurufen. Die Paragraph lautet:

„Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt o(durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Ve gehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, w mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu sec hundert Mark bestraft. Der Versuch ist strafbar."

Die Verschiedenheit der Merkmale des Thatbestandes in dies(Paragraphen und in dem § 253 besteht in zweierlei:

1. Der Thatbestand des § 240 ist ein weiterer; denn es w nicht die Absicht der Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögen vorteils vorausgesezt wie im § 253.

2. Der Thatbestand des § 240 ist ein engerer; denn es w Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergeh vorausgesetzt, nicht nur Gewalt oder Bedrohung schlechthin wie im § 2

Diese beiden Eigenschaften des § 240 ziehen die Folge na sich, dass die erste allerdings ein den Schutz unseres Falles a schneidendes Erfordernis des § 253 eliminiert, nämlich die Absi(der Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils, dass al die zweite ein dem § 253 fremdes Thatbestandsmerkmal in d § 240 hineinträgt, welches nun seinerseits die Subsumierung unse Falles unter den Thatbestand des § 240 unmöglich macht, nämlich (Erfordernis der Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergeh(

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass B nach dem heu geltenden Reichsstrafrecht straffrei ausgehen muss, we er als Gegenleistung für sein Schweigen der Tochter des

---

Grade einschliesslich, gegen Adoptiveltern oder Adptivkinder, Pflegeeltern oder Pfle kinder, oder endlich solche Personen, die der Genötigten zur Aufsicht überge sind, oder zu deren Schutz sie besonders verpflichtet ist". Jene Gesetze gewäh der Genötigten also immerhin einen weitergehenden Schutz als die entsprechen(Paragraphen des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs. Das Gleiche gilt von dem . 99 Abs. 1 des Stoss'schen Entwurfs, Basel-Genf, 1894: „Wer eine Per wider ihren Willen zur Unzucht nötigt". Doch ist auch diese Strafdrohu wie die Motive selbst sagen, auf den Fall einer „gewaltsamen unzüchti Handlung" beschränkt, daher auf unseren Fall unanwendbar, denn C coacta vol

ihre weibliche Ehre nimmt, dass er dagegen Gefängnis nicht unter einem Monat zu gewärtigen hat, wenn er von A eine Belohnung von einer Mark erlangt.

Dass ein solches Resultat weder unser juristisches noch unser ethisches Gewissen zu beruhigen vermag, liegt auf der Hand. Es handelt sich nun darum, juristisch-technisch zu untersuchen, wie ein solcher Missstand entstehen konnte, und ob eine Beseitigung desselben möglich ist.

Die Grundlage des § 240 des Reichsstrafgesetzbuchs bildet der § 212 des preussischen Strafgesetzbuchs [8]). Dieser lautete:

„Wer einen Anderen zu einer Handlung oder Unterlassung dadurch zwingt oder zu zwingen versucht, dass er denselben schriftlich oder mündlich mit der Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bedroht, hat Gefängnis bis zu Einem Jahre verwirkt."

Dieser Paragraph unterscheidet sich von dem § 240 R.Str.G.B. einmal dadurch, dass er nur von „Handlung oder Unterlassung" spricht, während der § 240 R.Str.G.B. noch „Duldung" eingereiht hat. Doch ist dieser Unterschied an sich nicht so bedeutungsvoll, als es auf den ersten Blick den Anschein haben könnte. Allerdings ist es gerade für unsern Fall von Wichtigkeit, dass das Moment der „Duldung" im Thatbestand des Nötigungsparagraphen besonders hervorgehoben ist, denn das erzwungene Verhalten der C ist im eigentlichsten Sinne des Worts eine „Duldung". Indessen bedarf es nur einer einfachen logischen Gedankenoperation, um zu erkennen, dass die drei Faktoren: Handeln, Dulden und Unterlassen nicht koordiniert sind, sondern dass vielmehr die Verwirklichung des menschlichen Willens immer nur in zwei Erscheinungsformen in die Aussenwelt treten kann, und zwar entweder in einer körperlichen Thätigkeit oder in dem Unterlassen einer solchen [9]). „Dulden" ist nichts weiter als eine Spezies des „Unterlassens", nämlich das Unterlassen des Widerstandes gegen eine von einem

---

[8]) Dieser beruhte wieder seinerseits auf dem § 1077 II 20 A. L. R. Der Entwurf eines norddeutschen Strafgesetzbuchs hatte im § 235, wohl im Anschluss an die §§ 305 bis 308 des Code pénal, die widerrechtliche Nötigung in die Form der sogen. menace avec ordre ou sous condition gegossen, d. h. als Basis nicht die Nötigung, sondern die Drohung genommen. Im Plenum des Reichstags wurde auf Antrag des Abg. Meyer (Thorn) die heutige Fassung des § 240 R.Str.G.B. beschlossen, womit man zu der preussischen zurückkehrte. Stenogr. Ber. S. 672.

[9]) So auch Geyer in Holtzendorffs Handbuch Bd. III S. 575 und Bruck zur Lehre v. d. Verbrechen gegen die Willensfreiheit, S. 55 Note 29.

Anderen vorzunehmende Handlung. Macht man diese Argumentation, so erscheint die Aufnahme des dritten Faktors „Dulden" in den Nötigungsparagraphen zwar als praktisch dankenswert, aber doch nicht als unentbehrliche Voraussetzung für den strafrechtlichen Schutz unseres Falles.

Ein zweiter Unterschied des § 212 des preussischen Str.G.B. vom § 240 R.Str.G.B. besteht darin, dass das preussische Strafgesetzbuch das Nötigungsmittel der „Gewalt" nicht berücksichtigt. Diese Thatsache beruht auf der in der preussischen Gesetzgebung zum Ausdruck gelangten Ansicht, dass „es bei der Nötigung unbedingt um eine Einwirkung auf den „Willen" des Anderen, d. h. auf die Entschliessung desselben, sich handle."[10]) Man glaubte daher nur die vis compulsiva berücksichtigen, die vis absoluta aber von Haus aus ausscheiden zu müssen."[11])

Alle diese Unterschiede[12]) interessieren für unseren Fall eigentlich nicht. Wenn nicht im § 212 des preussischen Str.G.B. so gut wie im § 240 R.Str.G.B. als Nötigungsmittel Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen erfordert würde, so würden im Übrigen beide Paragraphen im vorliegenden Fall der Genötigten, C, gleichmässig strafrechtlichen Schutz gewähren. Das Erfordernis des Thatbestandsmerkmals „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" schneidet aber hier wie dort einen Schutz ab, den das Gesetz der C oder dem A im Falle einer Erpressung seitens des B nicht versagen würde.

Wie ist nun jenes Erfordernis in das preussische Strafgesetzbuch gekommen? Darüber berichtet Goltdammer[13]): „Sämtliche früheren

---

[10]) So Olshausen, Kommentar z. R.Str.G.B. 1892, Bd. II S. 861, Note 4, zu § 240.

[11]) Man hielt zudem für die Fälle der „Gewalt" den § 236 des preuss. Str.G.B. für ausreichend. So Goltdammer, Materialien z. Str.G.B. f. d. preuss. Staaten, II, S. 453. Dieser § 236 behandelte indessen nur die räuberische Erpressung, bildete also thatsächlich kein genügendes Surrogat für den Fall der widerrechtlichen Nötigung durch Gewalt. Ders. Ans. Dalcke in Goltdammers Archiv Bd. VII S. 1 ff. und Kronecker, Gerichtssaal Bd. 32, S. 55.

[12]) Ein dritter Unterschied ist noch das Fehlen des Wortes „widerrechtlich" im § 212 des preuss. Str.G.B. Eine Erörterung über diesen Unterschied, d. h. über die Tragweite der Einschaltung des Wortes „widerrechtlich" in den Nötigungsparagraphen, muss bis auf unten S. 20 ff., insbes. S. 20, Anm. 47, vorbehalten werden.

[13]) A. O. II, S. 452.

Entwürfe sagten: ‚Wer unbefugter Weise gegen einen Anderen Gewalt oder Drohungen anwendet, um denselben zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen . . .‘ Im vereinigten ständischen Ausschusse wurde gerügt, dass damit auch die Strafe eintrete, wenn die angedrohte Handlung für eine strafbare nicht zu erachten wäre; die Drohung mit der Ausübung eines Rechts könne nie strafbar sein. . . . . . Obwohl damals auf diese . . . . . Erörterungen nicht eingegangen wurde, so sind sie doch jetzt im § 212 berücksichtigt. Denn . . . die Drohung mit sonst erlaubten Handlungen fällt nicht mehr unter das Gesetz, und auch nur die Drohung mit Verbrechen oder Vergehen wird bestraft.“

Hier finden wir also, zugleich mit der Erläuterung des Ursprunges jenes Requisits, die seiner Motivierung: „Die Drohung mit der Ausübung eines Rechts könne nie strafbar sein.“ Diese Motivierung ist von der Litteratur noch weiter ausgesponnen worden. So meint Geyer[14]): Wenn der Kreis der vorausgesetzten Drohungsarten nicht enger gezogen würde, „so würde Nötigung überall vorliegen, wo entweder durch Anwendung von Gewalt oder durch irgend eine Drohung, selbst Drohung mit einem nicht widerrechtlichen Vorgehen — durch sog. minae juris — ein Verhalten eines Anderen erzwungen würde, welches in dieser Weise herbeizuführen der Nötiger nicht berechtigt ist. Das erzwungene Verhalten des Bedrohten braucht nicht unsittlich, nicht rechtswidrig, dem Bedrohten nicht einmal nachteilig zu sein. Wenn man dies bedenkt, so ist leicht einzusehen, dass man minae juris, zur Herbeiführung eines derartigen Verhaltens angewandt, nicht als Übelthat von so ernster Bedeutung betrachten kann, um ihrethalben den Strafrichter in Anspruch zu nehmen. Die Bedrohung mit der Anzeige einer (wirklich von dem Bedrohten begangenen) strafbaren Handlung, mit geschäftlicher Konkurrenz u. dergl., um den Bedrohten zu einem rechtlichen oder sittlichen oder ihm vorteilhaften Verhalten zu bestimmen, würde unter den Thatbestand der Nötigung fallen, wenn man ihn in seiner formalen Eigenschaft beliesse.“

Indessen wenn auch Geyer fordert, man solle den Kreis der eine Strafe nach sich ziehenden Drohungen enger ziehen, so erscheint

[14]) A. O. S. 574.

ihm doch die Fassung des § 240 R.Str.G.B.: „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" als zu eng.[15])

Kronecker[16]) indessen verteidigt geradezu die Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs, indem er ausführt: „der legislatorische Grund für die Hervorhebung der Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen ist der, dass durch eine solche Drohung im allgemeinen ein stärkerer Druck auf die Willensbestimmung des anderen ausgeübt wird, als durch die Androhung der Ausübung eines Rechts. Immer ist dies nicht der Fall. Um den Gedanken des Gesetzgebers vollständig zum Ausdruck zu bringen, hätte die Bedrohung als Nötigungsmittel dahin charakterisiert werden müssen: es muss eine Handlung angedroht sein, deren Ausführung für den Bedrohten oder einen ihm Nahestehenden einen derartigen Nachteil zur Folge hat, dass der Bedrohte durch die Androhung in seiner freien Willensbestimmung in einer der Rechtsordnung nicht entsprechenden Weise beeinträchtigt wird. Es würde sich aber sehr schwer feststellen lassen, wann ein solcher Bedrohungsfall vorliegt. Deshalb erscheint die jetzige Fassung aus dem von Ihering in seinem Geist des römischen Rechts (Bd. I, S. 51, Bd. II S. 347 ff. der 2. Aufl.) hervorgehobenen, auch für das Strafrecht sehr wichtigen Gesichtspunkte der formellen Realisierbarkeit oder Praktikabilität des Rechts begründet."

Der Verfasser hat die Ausführungen von Geyer und Kronecker deshalb hier wörtlich hingesetzt, weil sie die Bedenken eines Theoretikers und eines Pratikers gegen eine weitere[17]) Fassung des § 240 R.Str.G.B. enthalten, und weil sie im Grunde genommen für ihre Bedenken beide den gleichen Grund angeben, nämlich die Berücksichtigung des Gesichtspunktes, den Ihering den der formellen Realisierbarkeit oder Praktikabilität des Rechts genannt hat. Es ist dem Verfasser unbekannt, ob Geyer und Kronecker die Möglichkeit solcher Eventualitäten, wie deren unser Fall eine ist, vorgeschwebt hat. Man möchte fast daran zweifeln, denn es ist nicht anzunehmen, dass sie diesfalls die Verantwortung für die Straflosig-

---

[15]) A. O. S. 577, Note 7.

[16]) In der Ztschr. f. d. ges. Strafr. Wissensch. 1883, III. S. 653, Note 49.

[17]) Bei Geyer allerdings nur die Bedenken gegen eine Erweiterung bis zur Ausdehnung auf jegliche Art von Drohung.

keit eines Thäters wie des B auf sich genommen haben würden, lediglich zuliebe eines hier angeblich zur Geltung kommenden Gesichtspunktes der „Pratikabilität des Rechts". Aber selbst wenn man eine so grosse Rücksichtnahme bei jenen hervorragenden Kriminalisten voraussetzen müsste, — was immerhin nicht unwahrscheinlich ist, da mit Fug und Recht keiner von ihnen zu einer Bestrafung einer berechtigten Nötigung seine Hand bieten möchte — so glaubt doch der Verfasser, eine entgegengesetzte Ansicht mit einiger Aussicht auf Erfolg verteidigen zu dürfen, da eine Berücksichtigung jenes an sich berechtigten Gesichtspunktes der formellen Realisierbarkeit des Rechts einer weiteren Fassung des § 240 R.Str.G.B. nicht entgegensteht.

Der Beweis für diese Behauptung soll im Folgenden geführt werden, und zwar anknüpfend an Kroneckers logisch-grammatische Interpretation des § 240 R.St.G.B.[18])

Ausgehend von der Frage, worauf sich das Wort „widerrechtlich" im § 240 Str.G.B. bezieht, unterscheidet Kronecker zwei Konstruktionen:

1. Man bezieht das Wort „widerrechtlich" nur auf das Nötigungsmittel der „Gewalt" und versteht demgemäss den § 240 dahin, dass nur derjenige sich strafbar macht, der durch widerrechtliche Gewaltanwendung oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen nötigt [19]).

2. Man zieht das Wort „widerrechtlich" zum Verbum „nötigt". Die Vertreter dieser letzteren Auffassung zerfallen wieder in zwei Gruppen, je nachdem sie das „widerrechtlich" a) auf den „Nötigungszweck"[20]), oder b) auf beide „Nötigungsmittel" [21]) (Gewalt und Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen) beziehen. Die An-

---

[18]) A. O. Ztschr. 1883, S. 638 ff.

[19]) So Kronecker selbst a. O., ferner Geyer a. O. III. S. 575.

[20]) So Bruck a. O. S. 57; Die Reichsanwaltschaft in der Sitzung des Reichsgerichts vom 21. Oktober 1879, vgl. Rechtspr. des R.G. in Strafs. I. S. 10; John, Ztschr. f. d. ges. Strafr. W. 1881, S. 222 ff.; Zimmermann, Gerichtssaal Bd. 33 (1881), S. 600 ff.

[21]) So Oppenhoff, Kommentar z. R.Str.G.B., 12. Ausg., Berlin, 1891, S. 550, Note 3 zu § 240; v. Buri, Gerichtssaal Bd. 33 (1881) S. 409 ff.; Olshausen, Kommentar z. R.Str.G.B., 4. Aufl. Berlin, 1892, Note 11 zu § 240; Hugo Meyer, Lehrbuch, 5. Aufl., Leipzig, 1895, S. 504 und das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Oktober 1879, Entsch. in Strafs. Bd. I S. 5.

Aus alledem kann man zusammenfassend sagen, dass nach heutigem Reichsrecht diejenigen, welche das Wort „widerrechtlich" im § 240 R.Str.G.B. auf den „Nötigungszweck" beziehen, zwar in vielen Fällen nicht strafen werden, wo diejenigen, welche das Wort „widerrechtlich" auf die „Nötigungsmittel" beziehen, straffällige Handlungen erblicken [25]), dass sie aber in der Regel auch nur dann strafen können, wenn auch die Verfechter der Widerrechtlichkeit der „Nötigungsmittel" strafen. Es erscheint danach die Richtung, welche das Wort „widerrechtlich" auf die Nötigungsmittel bezieht, als die praktisch zu strengeren Konsequenzen führende. Keine beider Theorieen ist aber angesichts des klaren Wortlauts des § 240 R.Str.G.B. im Stande, in unserem Falle den B der verdienten Bestrafung zu überliefern. [26])

---

[25]) So in den oben erwähnten Beispielen; so denn auch thatsächlich das Reichsgericht a. O. und die oben S. 10 Anm. 21 Citierten.

[26]) Denken lassen sich vielleicht auch Fälle, wo die Anhänger der Gruppe 2a (die, welche bei Widerrechtlichkeit des Zweckes strafen) auch unter der Herrschaft des heutigen Rechts strafen, während die Verteidiger der Gruppen 1 und 2b nicht strafen. Ein solcher Fall wäre, wenn auch — wie der Verfasser selbst zugiebt — etwas künstlich konstruiert, etwa folgender: Zwei Arbeiter, A und B, melden sich zur Arbeitsannahme bei einem im Walde liegenden Hüttenwerk. Der Hüttenmeister nimmt den A an und verpflichtet ihn, sich anderen Tages früh zur Arbeitsleistung zu stellen. Den B weist er ab. Als sich am anderen Tage A nach dem Arbeitsort begeben will, kann er dem Verlangen nicht widerstehen, einen über den Weg laufenden Hasen nieder zu schiessen. In diesem Augenblick kommt gerade B durch den Wald, hält den A gewaltsam an und veranlasst ihn, ihm zwecks Feststellung seiner Persöhnlichkeit — er ist ihm weiter nicht bekannt geworden — zum Ortsvorsteher zu folgen. Er thut dies aber nicht zu dem Zwecke, dem Waldeigentümer einen Dienst zu erweisen. Im Gegentheil, dies ist ja gerade jener Hüttenbesitzer, der ihn abgewiesen hat. Er will lediglich aus Missgunst den A verhindern, sich zum Arbeitsantritt rechtzeitig zu melden und denselben dadurch um seine Stelle bringen. Er spricht dies auch ganz offen aus. In diesem Falle liegt ein Nötigungsmittel des § 240 R.Str.G.B. vor, nämlich Gewaltanwendung. Dies Nötigungsmittel ist in concreto nicht widerrechtlich (§ 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O.). Wohl aber widerrechtlich ist der von B verfolgte Nötigungszweck, („Zweck" ist hier soviel wie „Motiv seines Handelns"; vgl. v. Liszt, Lehrb. 6. Aufl. S. 144) A um seine Stelle zu bringen. Die Anhänger der Theorie 2a (welche bei Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes strafen) können daher B bestrafen, während er nach den Theorieen 1 und 2b (die bei Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel strafen) straflos bleiben muss. Inwieweit man freilich Inficierung eines an sich rechtlich zulässigen Mittels durch die konkrete Widerrechtlichkeit des Zweckes annehmen will, ist bezüglich der Mittel des § 240 R.Str.G.B. wenigstens nicht ganz unzweifelhaft; vgl. unten S. 15 Anm. 32 a. E.

Zweckes strafen, in praxi auch immer nur dann strafen, wenn die nur bei Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel Strafenden es gleichfalls thun, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil in allen Fällen der, welcher einen rechtswidrigen Zweck verfolgt, um nach heutigem Recht straffällig zu werden, auch stets ein widerrechtliches Nötigungsmittel anwenden muss. In unserem Falle z. B. verfolgt B zwar einen widerrechtlichen Zweck. Die Gruppe 2a (die bei Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes straft) kann ihn aber auch immer nur dann strafen, wenn er sich zugleich eines widerrechtlichen Nötigungsmittels bedient; dann würden ihn aber auch die Anhänger der Gruppen 1 und 2b strafen. Allerdings ist es nun wohl denkbar, dass die Nötigungsmittel des § 240: „Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" nicht widerrechtlich sind, insbesondere unter gewissen Umständen die Anwendung von Gewalt. Wenn aber durch Anwendung jener im § 240 genannten Nötigungsmittel ein widerrechtlicher Zweck verfolgt wird, so werden die Mittel ipso jure dadurch ebenfalls zu widerrechtlichen, und die Forderungen der nur bei Widerrechtlichkeit der Mittel Strafenden sind erfüllt. Bei einer zur Erlangung eines widerrechtlichen Zweckes dienenden Anwendung der Amtsgewalt liegt dies auf der Hand zumal sie unter die lex specialis des § 339 R.Str.G.B. fällt; es sind aber auch noch andere Fälle denkbar. So z. B. würden die Anhänger der Gruppe 2a zwar denjenigen straflos lassen, welcher ein Individuum das einen Dritten zu töten beabsichtigt, durch Todesdrohungen zum Abstehen von seiner verbrecherischen Absicht nötigt, ebenso den Waldeigentümer, der Holzdiebe durch die Drohung, von seiner Schusswaffe Gebrauch zu machen, zum Stehen bringt[23]), oder den Rektor, der zwei Studenten durch Bedrohung mit Relegation[24]) vom Duell zurückhält. Es dient in allen vorgenannten Fällen nämlich die Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen der Nötigung zu einem der Rechtsordnung kongenialen Zweck. Sobald aber letzterer forfällt fallen auch die genannten Nötigungsmittel in ihren früheren und normalen Zustand der Rechtswidrigkeit zurück.

---

[23]) Dieser Fall liegt dem oben zitierten Reichsgerichtserkenntnis vom 21. Oktober 1879 zu Grunde. Vgl. darüber unten S. 26 ff.

[24]) Vgl. John a. O. Ztschr. I. S. 223; die wirkliche Verhängung der Relegation würde in diesem Fall — so führt wenigstens John aus — eine Rechtsbeugung also ein Verbrechen (§ 336 R.St.G.B.) gewesen sein. Vgl. darüber unten S. 31 ff.

Aus alledem kann man zusammenfassend sagen, dass nach heutigem Reichsrecht diejenigen, welche das Wort „widerrechtlich“ im § 240 R.Str.G.B. auf den „Nötigungszweck“ beziehen, zwar in vielen Fällen nicht strafen werden, wo diejenigen, welche das Wort „widerrechtlich“ auf die „Nötigungsmittel“ beziehen, straffällige Handlungen erblicken[25]), dass sie aber in der Regel auch nur dann strafen können, wenn auch die Verfechter der Widerrechtlichkeit der „Nötigungsmittel“ strafen. Es erscheint danach die Richtung, welche das Wort „widerrechtlich“ auf die Nötigungsmittel bezieht, als die praktisch zu strengeren Konsequenzen führende. Keine beider Theorieen ist aber angesichts des klaren Wortlauts des § 240 R.Str.G.B. im Stande, in unserem Falle den B der verdienten Bestrafung zu überliefern.[26])

---

[25]) So in den oben erwähnten Beispielen; so denn auch thatsächlich das Reichsgericht a. O. und die oben S. 10 Anm. 21 Citierten.

[26]) Denken lassen sich vielleicht auch Fälle, wo die Anhänger der Gruppe 2a (die, welche bei Widerrechtlichkeit des Zweckes strafen) auch unter der Herrschaft des heutigen Rechts strafen, während die Verteidiger der Gruppen 1 und 2b nicht strafen. Ein solcher Fall wäre, wenn auch — wie der Verfasser selbst zugiebt — etwas künstlich konstruiert, etwa folgender: Zwei Arbeiter, A und B, melden sich zur Arbeitsannahme bei einem im Walde liegenden Hüttenwerk. Der Hüttenmeister nimmt den A an und verpflichtet ihn, sich anderen Tages früh zur Arbeitsleistung zu stellen. Den B weist er ab. Als sich am anderen Tage A nach dem Arbeitsort begeben will, kann er dem Verlangen nicht widerstehen, einen über den Weg laufenden Hasen nieder zu schiessen. In diesem Augenblick kommt gerade B durch den Wald, hält den A gewaltsam an und veranlasst ihn, ihm zwecks Feststellung seiner Persöhnlichkeit — er ist ihm weiter nicht bekannt geworden — zum Ortsvorsteher zu folgen. Er thut dies aber nicht zu dem Zwecke, dem Waldeigentümer einen Dienst zu erweisen. Im Gegentheil, dies ist ja gerade jener Hüttenbesitzer, der ihn abgewiesen hat. Er will lediglich aus Missgunst den A verhindern, sich zum Arbeitsantritt rechtzeitig zu melden und denselben dadurch um seine Stelle bringen. Er spricht dies auch ganz offen aus. In diesem Falle liegt ein Nötigungsmittel des § 240 R.Str.G.B. vor, nämlich Gewaltanwendung. Dies Nötigungsmittel ist in concreto nicht widerrechtlich (§ 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O.). Wohl aber widerrechtlich ist der von B verfolgte Nötigungszweck, („Zweck“ ist hier soviel wie „Motiv seines Handelns“; vgl. v. Liszt, Lehrb. 6. Aufl. S. 144) A um seine Stelle zu bringen. Die Anhänger der Theorie 2a (welche bei Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes strafen) können daher B bestrafen, während er nach den Theorieen 1 und 2b (die bei Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel strafen) straflos bleiben muss. Inwieweit man freilich Inficierung eines an sich rechtlich zulässigen Mittels durch die konkrete Widerrechtlichkeit des Zweckes annehmen will, ist bezüglich der Mittel des § 240 R.Str.G.B. wenigstens nicht ganz unzweifelhaft; vgl. unten S. 15 Anm. 32 a. E.

Wenn man sich nun auf eine nähere Kritik dieser Theorieen einlassen will, so wird man wohl auf Grund des Gesagten sofort konstatieren können, dass es immer bis zu einem gewissen Grade willkürlich ist, bei der Interpretation von Gesetzen einzelne Worte ausschliesslich und einseitig nur auf einen der in dem betreffenden Gesetze figurierenden Gesichtspunkte zu beziehen. Es liegt übrigens gerade bezüglich des Wortes „widerrechtlich“ im § 240 R.Str.G.B. seiner grammatischen und logischen Stellung nach dazu kein Grund vor. Wenn man als Beleg für die eine oder andere Beziehungsweise auf die historische Entwickelung verwiesen hat,[27]) so ist ein solcher Hinweis sehr cum grano salis aufzunehmen, kann insbesondere keinesfalls ausschlaggebend sein. Denn es hat von jeher als Fundamentalsatz juristischer Interpretationsmethodik gegolten, dass die Motive eines Gesetzes oder die im Parlament ausgesprochenen Intentionen der Gesetzgeber[28]) zwar schätzenswerte Aufschlüsse über Sinn und Willen des Gesetzes zu geben vermögen, dass sie aber nun und nimmer der Interpretation zwingende und unabweisbare Bahnen vorschreiben. Hat doch ein hervorragender Jurist (Thöl)[29]) geradezu ausgesprochen: „Das Gesetz ist eben viel klüger als der Gesetzgeber.“

Zergliedert man aber unbefangen den Thatbestand des § 240 R.Str.G.B., so findet man, dass er das Delikt der widerrechtlichen durch Gewalt oder Drohung[30]) begangenen Nötigung behandelt. Es fragt sich nun, wann eine Nötigung widerrechtlich ist.

Eine diese Frage etwas eingehender beantwortende Bestimmung enthielt der Art. 201 des sächsischen Strafgesetzbuches von 1855:

„Wer . . . . , um Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu bestimmen, Gewalt oder Drohungen anwendet, wird, wenn entweder die Gewalt oder Bedrohung eine rechtswidrige ist, oder der Andere durch die Gewalt oder Bedrohung zu etwas Unrechtem oder Unsittlichem

[27]) So Kronecker, Ztschr. 1883, S. 644 ff.; ders. Gerichtssaal Bd. 32 (1880), S. 56 ff.

[28]) Und gerade diese zieht Kronecker a. O. heran.

[29]) Ders. Ans. Kohler, Grünhuts Ztschr. XIII S. 1. Massgebend sei das „organische Zweckbestreben“ des Gesetzes selber. Ebenso Entsch. des R.G. in Civ. S. XVI S. 100 und Regelsberger, Pandekten § 36.

[30]) Von der durch den § 240 bewirkten Einschränkung des Nötigungsmittels der Bedrohung auf „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“ soll vorläufig abgesehen werden.

bestimmt werden soll, wegen Nötigung mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren bestraft."

Widerrechtlich ist danach die Nötigung, wenn entweder

1. die Nötigungsmittel oder
2. die Nötigungszwecke widerrechtliche (bezw. wie das sächsische Gesetzbuch hinzufügt „unsittliche") sind.

Kronecker[31]) bestreitet die materielle Bedeutung der hier aufgestellten Alternative, „denn," so führt er aus, „die Anwendung von Gewalt oder Drohungen gegen eine Person ist nur dann nicht rechtswidrig, wenn sie zu einem bestimmten gesetzlich erlaubten Zwecke (Notwehr, rechtmässige Ausübung der Amtsgewalt, Ausübung eines gesetzlich zustehenden Züchtigungsrechtes innerhalb der gesetzlich erlaubten Grenzen u. a.) erfolgt. Soll daher der Gezwungene durch die Gewalt oder Bedrohung „zu etwas Unrechtem oder Unsittlichem" bestimmt werden, so ist die Gewalt oder Bedrohung immer rechtswidrig. Der zweite Teil der Alternative ist also im ersten bereits mit enthalten und deshalb entbehrlich."

Dass diese Ausführungen weit über das Ziel hinausschiessen, dürfte unser Fall erweisen. Die Drohung des B, den A wegen eines (wirklich von demselben begangenen) Verbrechens anzeigen zu wollen, ist in keinem Falle widerrechtlich, auch dann nicht, wenn B dadurch die C zur Duldung des Beischlafes bestimmen will. Man verlässt den Boden der ungezwungenen, natürlichen Interpretation, wenn man die an sich nicht widerrechtliche Drohung durch die konkrete Art ihrer Anwendung zur widerrechtlichen stempelt. Kroneckers Ansicht beruht offenbar auf einer Verkennung von Drohung und Nötigung. Die Drohung bleibt auch in unserem Falle eine rechtlich zulässige, die Nötigung ist es, welche durch die konkrete Anwendungsart der an sich rechtlich zulässigen Drohung zu einer widerrechtlichen wird.[32])

---

[31]) A. O. Gerichtssaal, S. 55, 56.

[32]) So muss man wenigstens bei dem sächsischen Gesetzbuch (Art. 201), welches nur „Drohungen" schlechtweg voraussetzt, argumentieren. Dass die Praxis des Reichsgerichts, bei Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel, und nur bei Widerrechtlichkeit derselben zu strafen, dennoch den Bedürfnissen der Praxis bei dem heutigen Stande der Gesetzgebung zuletzt genügt, liegt eben, wie ausführlich oben S. 11 ff.

Mit Recht hat daher das sächsische Gesetzbuch die gedachte Alternative aufgestellt.

Dass es erforderlich war, neben der Nötigung zu etwas „Unrechtem“ die Nötigung zu etwas „Unsittlichem“ zu unterscheiden, kann bei der Ausdrucksweise des sächsischen Gesetzbuchs wenigstens nicht zweifelhaft sein. Auch dies beweist unser Fall. „Unrecht“, d. h. objektiv rechtswidrig, ist die Unzucht nach geltendem Reichsstrafrecht nicht.[33]) Zu etwas objektiv „Unrechtem“ hat mithin B die C nicht genötigt, wohl aber zu etwas „Unsittlichem“.

Wenn aber auch die Unterscheidung von „Unrechtem“ und „Unsittlichem“ im sächsischen Strafgesetzbuch erforderlich ist, so ist sie dies nicht angesichts der Terminologie des Reichsstrafgesetzbuchs. Die Fassung des sächsischen Gesetzbuchs, welches „unrecht“ und „unsittlich“ als gleichartige Faktoren hinstellt, lässt darauf schliessen, dass der Gesetzgeber unter „unrecht“ objektive Rechtswidrigkeit des erstrebten Zweckes verstand. In dem Sprachgebrauch unseres Reichsstrafgesetzbuchs bedeutet indessen „Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes“ nicht objektive Rechtswidrigkeit des erstrebten Zweckes, sondern Mangel eines subjektiven Rechts des Nötigenden auf Erlangung desselben. Die neueste Litteratur[34]) und Judikatur[35]) nimmt eben Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes schon dann als vorliegend an, wenn der Nötigende nicht berechtigt war, die fragliche Handlung, Duldung oder Unterlassung zu fordern. Schliesst man sich dieser gemeinen Meinung an, so kann man füglich

---

ausgeführt, daran, dass das R.Str.G.B. „Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“ verlangt, und dass die Anwendung dieser beiden Nötigungsmittel in der Richtung auf einen rechtswidrigen Zweck allerdings in der Regel ebenfalls eine rechtswidrige sein wird; vgl. oben S. 13 Anm. 26 a. E.

[33]) Sie ist auch nicht civiliter objektiv rechtswidrig. Die Motive z. Entw. e. bürg. Gesetzb. II. S. 752 Vorbem. und IV S. 907 zu § 1577 des Entw. 1. Lesung betonen dies wieder ausdrücklich, indem sie die Ansprüche aus einem ausserehelichen Beischlaf für keine Deliktsansprüche erklären.

[34]) So v. Liszt, Lehrbuch. 6. Aufl., 1894, S. 327; offenbar auch Olshausen a. O. Note 11 und Oppenhoff, a. O. Note 3 zu § 240 und Note 5 ff. zu § 239. Ganz anderer Ansicht H. Meyer, Lehrbuch S. 162, Note 20, S. 262 und 504.

[35]) Entsch. d. R.G. in Str. S., Bd. II, S. 287, Bd. VIII, S. 304; ferner Rechtsprechung des R.G. in Str. S., Bd. II, S. 125, Bd. IV, S. 807.

der Aufnahme des Faktors des „Unsittlichen“ in den Thatbestand des Nötigungs-Paragraphen entraten, da etwas Unsittliches zu fordern Niemand subjektiv berechtigt sein kann.

Wir sehen also, dass die Nötigung widerrechtlich ist, wenn entweder die Widerrechtlichkeit in der Art der angewandten Nötigungsmittel[36]) oder in dem erstrebten Nötigungszweck liegt[37]). Da nun das sächsische Strafgesetzbuch nicht „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“ verlangt, sondern es an der einfachen Bedrohung genug sein lässt, so würde die Handlungsweise des B in unserem Falle nach sächsischem Strafrecht nicht nur widerrechtlich, sondern auch strafbar gewesen sein. Sie würde es auch nach heutigem Recht sein, wenn 1) der § 240 R.Str.G.B. das Mittel der „Bedrohung“ nicht auf den Fall der „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“ beschränken würde, und 2) man „Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes“ als Mangel eines subjektiven Rechts des Thäters auf die erzwungene Handlung, Duldung oder Unterlassung auffasst. Der Nötigungsparagraph müsste in diesem Sinn etwa folgenden Wortlaut haben:

„Wer einen Anderen durch Gewalt oder Bedrohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nötigt u. s. w.“ [38])

Es fragt sich nun, ob einer solchen Fassung Bedenken aus dem oben erwähnten Gesichtspunkt der „formellen Realisierbarkeit des Rechts“ entgegen stehen, oder ob diese Fassung alle Kautelen gewährleistet, welche jener Gesichtspunkt gebieterisch zu fordern berechtigt ist.

Um diese Frage befriedigend beantworten zu können, ist es

---

[36]) „Anwendung von rechtswidriger Gewalt oder durch Drohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen.“ So treffend Geyer, a. O. III S. 575.

[37]) So auch v. Liszt in der neuesten (6.) Auflage seines Lehrb. S. 327; v. Schwarze, Kommentar z. R.Str.G.B. 5. Aufl. Leipzig 1884 N. 5 zu § 240; Merkel, Lehrb. Stuttgart 1889. S. 311. Sachlich ist wohl auch die Judikatur des Reichsgerichts nicht anders aufzufassen; vgl. die oben S. 10, Anm. 21 und S. 16, Anm. 35 citierten Entscheidungen.

[38]) Das Adverb „widerrechtlich“ wird am besten zum Verbum „nötigen“ gesetzt. Über den inneren Grund vgl. unten S. 25. Ders. A. Zimmermann, Gerichtssaal Bd. 33 (1881) S. 605 Note 2. In dem niederländischen Strafgesetzbuch vom 3. März 1881 in Art. 284 heisst es ebenfalls: „. . . . . wer einen Anderen durch Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt widerrechtlich zwingt“. Richtig auch im § 339 unseres Reichsstrafgesetzbuchs.

angebracht, die Fassung anderer moderner Strafgesetzbücher, welche der Forderung der **Erweiterung** des Thatbestandes noch mehr entgegen gekommen sind, zu prüfen.

Am ausführlichsten ist das Strafgesetzbuch für das Kaisertum Österreich vom 27. Mai 1852, welches im § 98 verordnet:

„Des Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit durch Erpressung [39]) macht sich schuldig, wer

a) — — — — — — — — — —

b) mittelbar oder unmittelbar, schriftlich oder mündlich, oder auf andere Art mit oder ohne Angabe seines Namens, Jemanden mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Eigentum in der Absicht bedroht, um von dem Bedrohten eine Leistung, Duldung oder Unterlassung zu erzwingen, wenn die Drohung geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit desselben, oder auf die Wichtigkeit des angedrohten Übels gegründete Besorgnisse einzuflössen [40]); ohne Unterschied, ob die erwähnten Übel gegen den Bedrohten selbst, dessen Familie und Verwandte, oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte Personen [41]) gerichtet sind, und ob die Drohung einen Erfolg gehabt hat oder nicht.“ [42])

Ein Gegenstück zu der Weitschweifigkeit und Kasuistik des österreichischen Gesetzes bildet die Knappheit des Codice penale per il regno d'Italia vom 30. Juni 1889, welcher im Art. 154 verordnet:

„Chiunque usa violenza o minaccia per costringere alcuno a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a lire mille; e se consegua l'intento, la

---

[39]) Nach unserem juristisch-technischen Sprachgebrauch erscheint die Bezeichnung „Erpressung“ hier als eine zu enge. Über das Verhältnis der „Erpressung“ zur „Nötigung im weiteren Sinn“ vgl. unten S. 33 ff.

[40]) Eine Modifikation des römischen „qui in constantem virum cadit“.

[41]) Eine Erweiterung des Personenkreises wie bei der „Notzucht“ im Badensischen St.G.B. §§ 335, 81; vgl. oben S. 4 Anm. 7 a. E.

[42]) Der Verfasser berücksichtigt, wie schon oben beim sächsischen Gesetzbuche, so auch hier und im Folgenden absichtlich nicht die Unterschiede der Fassungen: „Wer um zu nötigen, Gewalt oder Drohung anwendet“ und „Wer durch Gewalt oder Drohung nötigt, ... Der Versuch ist strafbar“. Von wie prinzipieller Bedeutung dieser Unterschied auch sein mag, — er bezeichnet die Divergenz der französisch-österreichisch-italienischen Fassung einerseits und der preussisch-deutschen Formulierung andrerseits — hier ist er ohne Interesse.

reclusione non può essere inferiore ad un mese, nè la multa alle lire cento."

Nehmen wir angesichts dieser Gesetzesstellen zwei Fälle als vorliegend an:

1. In einem geschlossenen Klub ist ein Mitglied A beim Falschspielen abgefasst worden. Nach gepflogener Beratung mit den Mitgliedern nötigt der Vorsitzende B den A, künftig den Besuch des Klubs zu unterlassen, und zwar durch die Drohung, anderenfalls seine Handlungsweise an die Öffentlichkeit bringen zu wollen.

2. Die Ehefrau Y hat die Wohnung ihres Ehemannes X eigenmächtig verlassen und weigert sich, zu demselben zurückzukehren. Der Ehemann X nötigt sie durch die Drohung, er werde ein von der Y seiner Zeit wirklich begangenes Verbrechen zur Strafanzeige bringen, zur Rückkehr in die Ehewohnung.

Nach dem Wortlaut des österreichischen und italienischen Strafgesetzbuchs ist B in dem ersten Falle anscheinend strafbar. Er hat a) im Sinne des österreichischen Strafgesetzes den A „mündlich mit einer Verletzung an Ehre bedroht, um denselben zu einer Unterlassung zu zwingen". Auch war „die Drohung geeignet, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse gegründete Besorgnisse einzuflössen." Er hat b) im Sinne des Codice penale von einer Drohung (minaccia) Gebrauch gemacht, um den A zu einem Unterlassen (omettere) zu zwingen.

Diese Konsequenz würde schwerlich den Postulaten der Gerechtigkeit entsprechen.

Es fragt sich nun, ob B auch nach dem oben vorgeschlagenen Wortlaut eines Nötigungsparagraphen strafbar wäre.

Und diese Frage dürfen wir verneinen. Denn der Nötigungsparagraph straft auch in der oben vorgeschlagenen Fassung nur die „widerrechtliche Nötigung durch Gewalt oder Drohung." Widerrechtlich ist aber werder die Drohung des Vorsitzenden B, noch der durch ihn verfolgte Zweck.[43]) Widerrechtlich ist mithin auch nicht die Nötigung selber. Der Mangel der österreichischen und italienischen Formulierung beruht eben in der Auslassung des Wortes „widerrechtlich" (illegitimamente), welches wir an anderen Stellen des Codice penale, z. B. im Art. 146, finden.

---

[43]) Denn kein Klub braucht Falschspieler in seiner Mitte zu dulden.

Nun ist das eben Gesagte natürlich nur cum grand salis zu verstehen, denn selbstverständlich muss man von dem Standpunkt ausgehen, dass die Rechtswidrigkeit, weil selbstverständliche Voraussetzung eines jeden Delikts, keiner ausdrücklichen Erwähnung im Thatbestand eines solchen bedarf. Von dieser Erwägung ging offenbar auch der Berichterstatter der Commissione di coordinamento, Lucchini, aus, wenn er in der Kommission zur Beratung des Entwurfs des Codice penale die Streichung des Wortes „illegitimamente" empfahl. Dies Wort befand sich nämlich ursprünglich thatsächlich auch in dem dem Art. 154 des Codice zu Grunde liegenden Art. 149 des Entwurfs. Dieser begann: „Chiunque illegitimamente usa violenza etc." Die Kommission strich indessen das Wort illegitimamente „sembrando affatto superflua per il disposto dell'art." [44])

Wenn sie indessen auch selbstverständliche Voraussetzung eines jeden Delikts ist, so ist doch, wie Liszt [45]) richtig bemerkt, eine Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht überall so leicht, wie etwa bei der Tötung oder Körperverletzung. Gerade in unserem Fall könnte man doch vielleicht im Grunde zweifeln, ob die Nötigung des Klubvorsitzenden zu Recht geschah oder nicht. In jedem Falle aber — und daran ist festzuhalten — mildert die ausdrückliche Erwähnung des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit im Thatbestand eines Strafgesetzes die Strenge desselben schon dadurch um ein Erhebliches, als überall da, wo es aufgenommen ist, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gefordert werden muss. [46]) Zweifellos giebt daher die Formulierung des Codice penale Art. 154 zu gerechten Bedenken Anlass, und die Reichstagskommission hat, gerade im Gegensatz zu der italienischen Kommission, mit Fug und Recht bei Beratung des § 240 R.Str.G.B. das Wort „widerrechtlich" in den Nötigungsparagraphen gesetzt. Dasselbe befand sich nämlich ursprünglich nicht darin, ebensowenig wie in dem zu Grunde liegenden § 212 des preussischen Strafgesetzbuchs. [47])

An demselben Mangel wie das italienische, österreichische und preussische Strafgesetzbuch litt auch das Hessische von 1841, dessen

---

[44]) Vgl. darüber Lombardi, il codice penale, illustrato ad uso della pratica, Siracusa, 1891, volume II, dei delitti in ispecie, puntata 2, dei delitti contro la libertà, p. 206—208, (III und IV zu Art. 154.).

[45]) A. O. § 31 II 1 S. 116.

[46]) Derselben A. v. Liszt, a. O. § 40 II S. 152.

[47]) Vgl. oben S. 7 Anm. 12.

Art. 168[48]) lautete: „Wer . . . einen Anderen durch Verübung widerrechtlicher Gewalt oder durch Drohung . . . . . zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird . . . . . bestraft."

Allerdings finden wir hier das Wort „widerrechtlich"; aber die grammatische Stellung desselben ergiebt unzweideutig, dass das Erfordernis der „Widerrechtlichkeit" nur an das eine Nötigungsmittel der „Gewalt" geknüpft ist, sich demnach weder auf das andere Nötigungsmittel der „Drohung", noch auch auf den Nötigungszweck, noch überhaupt auf die Nötigung sonst beziehen kann.[49]) Man hatte die Einschränkung der Strafbarkeit des Nötigungsmittels der „Gewalt" offenbar deshalb besonders betont, um in jedem Fall die „Amtsgewalt" vor einer Subsumierung unter den Nötigungsparagraphen zu bewahren; denn thatsächlich giebt eine so weite Fassung wie die des österreichischen und italienischen Strafgesetzbuchs dem juristischen Rabulismus und dem Gefallen am Paradoxen gewisse Blössen.[50])

---

[48]) Ebenso das Nassauische Str.G.B. Art. 166.

[49]) Das Hessische Str.G.B. erfüllt demnach die Forderung, die Kronecker a. O. — vgl. oben S. 11 Anm. 22 — auch für das Reichsstrafgesetzbuch aufstellt. Wenn aber Kroneckers Ansicht bezüglich des § 240 R.Str.G.B. nicht von ganz so weittragenden Konsequenzen ist, wie sie die unzweideutige Formulierung des Art. 168 des Hessischen Strafgesetzbuchs nach sich zieht, so liegt das daran, dass das Hessische Gesetzbuch die blosse „Drohung" zum Thatbestand der Nötigung ausreichend sein lässt, während das R.Str.G.B. „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" fordert, dem zweiten Nötigungsmittel also wenigstens für die Mehrzahl der Fälle schon inhärent das Erfordernis der Rechtswidrigkeit mitgiebt. Angesichts der Fassung des Hessischen Strafgesetzbuchs dagegen kann die berechtigtste Drohung den Nötigenden strafbar machen. Die Isolierung des Wortes „widerrechtlich" auf das Nötigungsmittel der „Gewalt" ist nämlich noch gefährlicher als das gänzliche Auslassen desselben, wie im österreichischen und italienischen Strafgesetzbuch; denn man muss annehmen, der Gesetzgeber habe ausdrücklich seinen Willen, nur bei der „Gewalt" Widerrechtlichkeit zu fordern, an den Tag legen wollen. Daraus folgt, dass, während man bei dem österreichischen und italienischen Strafgesetzbuch ungerecht harte Konsequenzen durch Supplierung des Requisits der Widerrechtlichkeit, als selbstverständlicher Deliktsvoraussetzung, zweifellos vermeiden kann und auch vermeiden muss, bei dem Hessischen Strafgesetzbuch die Notwendigkeit der Bestrafung einer selbst durch berechtigte Drohung vollzogenen Nötigung fast unabweisbar ist. Dass übrigens auch die „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" unter Umständen nicht widerrechtlich zu sein braucht, vgl. unten S. 29.

[50]) Man erinnere sich an die Konsequenzen, die z. B. von Rubo, Kommentar zum R.Str.G.B. Note 2 zu § 211, seinerzeit aus dem Mangel des Wortes „widerrechtlich" im Wortlaut des § 211 R.Str.G.B. gezogen worden sind.

Untersuchen wir nun den zweiten Fall. Nach dem äusseren Wortlaut des österreichischen, italienischen und hessischen Strafgesetzbuchs fällt auch sein Thatbestand unter den Nötigungsparagraphen, und zwar offenbar aus denselben Gründen wie der des ersten Falles. Das bedarf keiner näheren Erläuterung. X hat seine Ehefrau Y durch eine Drohung zu einem Thun genöthigt, nämlich durch die Drohung, ein von der Y seiner Zeit wirklich begangenes Verbrechen anzuzeigen, zur Rückkehr in die Ehewohnung. Widerrechtlich ist allerdings weder das angewandte Nötigungsmittel, noch der verfolgte Nötigungszweck; denn die Anzeige eines wirklich begangenen Verbrechens ist nicht widerrechtlich, und auf die Rückkehr seiner Ehefrau in die Ehewohnung hat X zweifellos ein subjektives Recht. (vgl. §§ 175, 679, 723 II 1 A.L.R.) Da aber die genannten Gesetzbücher Widerrechtlichkeit der Nötigung zu ihrer Strafbarkeit wenigstens als Begriffsmerkmal jedenfalls nicht verlangen, so kann, wenn man nicht — was in der Praxis natürlich wie ausgeführt geschehen muss — das Erfordernis der Rechtswidrigkeit als selbstverständliche Deliktsvoraussetzung suppliert, weder die Rechtmässigkeit des Nötigungsmittels, noch die des Nötigungszweckes dem X etwas helfen.

Ist X nun aber auch strafbar nach dem oben vorgeschlagenen Wortlaut: „Wer einen Anderen durch Gewalt oder Bedrohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nötigt, wird . . . . . bestraft,“ bezw. wenn man das Erfordernis der Rechtswidrigkeit als selbstverständlich ergänzt?

Ehe wir hierauf weiter eingehen, möchte der Verfasser einmal vom rein ethischen Standpunkt aus die Frage aufwerfen, ob das Handeln des Ehemannes X mit den Gesetzen der Sittlichkeit vereinbar ist. Dass das Vorgehen des Vorsitzenden jenes Spielklubs in unserem ersten Falle sich auch mit dem Gewissen jedes rechtlich denkenden Menschen verträgt, und dass die eventuelle [51]) Notwendigkeit seiner Bestrafung nach den genannten ausländischen Gesetzen hart und unbillig sein würde, ist bereits oben konstatiert worden. Sollte sich nun in gleicher Weise unser sittliches und rechtliches Gefühl auch gegen eine Bestrafung des Ehemannes X auf Grund jener ausländischen Gesetze empören? Der Verfasser glaubt, dies unbedingt verneinen zu

---

[51]) Nicht absolute Notwendigkeit; vgl. darüber die Ausführungen oben S. 20 ff.

dürfen. Die Handlungweise des X ist sicherlich eine äusserst niedrige. Die Niedrigkeit liegt in der Ausbeutung einer gegnerischen Schwäche zu einem Zwecke, der keine Heilung eben dieser Schwäche birgt, mit derselben vielmehr in keinerlei thatsächlichem Zusammenhang steht. Auch der Vorsitzende jenes Spielklubs hat eine schwache Position seines Gegners ausgebeutet, aber lediglich zur Herstellung des Zustandes einer relativen, d. h. den Mitgliedern jenes Klubs gebotenen, Sühne und Sanierung dieser Schwäche. Eine Erfüllung der an sich rechtlich zwar begründeten Forderung, die der Ehemann X an seine Ehefrau stellt, heilt dagegen in keiner Weise die von der Ehefrau bei einer anderen Gelegenheit begangene Gesetzesverletzung.

Nach den bisherigen Ausführungen scheint sich der Ehemann X aber trotzdem keiner widerrechtlichen Nötigung schuldig gemacht zu haben, wenn anders Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes oder der Nötigungsmittel den Begriff der Widerrechtlichkeit einer Nötigung erschöpfen; denn — wie dargethan — ist weder der Nötigungszweck noch das Nötigungsmittel in unserem zweiten Falle widerrechtlich. Es fragt sich nur, ob noch ein dritter Fall von „widerrechtlicher Nötigung" denkbar ist, d. h. ob eine Nötigung auch noch widerrechtlich sein kann, ohne dass Nötigungsmittel oder Nötigungszweck widerrechtlich sind. Und da kann man denn sagen, dass thatsächlich noch solch' ein dritter Fall denkbar ist, es ist der, den wir hier vor uns haben.

Widerrechtlich nötigen ist nichts anderes als in einer der Rechtsordnung nicht entsprechenden Weise nötigen.[52]) Im vorliegenden Fall entspricht aber die Handlungsweise des Ehemannes X der Rechtsordnung so wenig wie dem Sittengesetz, und es ist der springende Punkt auch hier der Mangel des thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhanges zwischen der Drohung und der erzwungenen Handlung, zwischen Nötigungsmittel und Nötigungszweck, es ist — wie man mit einem juristisch-technischen Ausdruck sagen dürfte — der Mangel der Konnexität.

Die Reichsanwaltschaft hat gemäss ihrer oben[53]) mitgeteilten Stellungnahme in der Sitzung des Reichsgerichts vom 21. Oktober 1879 ausgeführt, dass allerdings der springende Punkt für die Wider-

[52]) Ähnlich Geyer a. O. S. 574 . . . . „ein Verhalten eines Anderen" erzwingen, „welches in dieser Weise herbeizuführen der Nötiger nicht berechtigt ist."
[53]) S. 10 Anm. 20.

rechtlichkeit einer Nötigung Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes sei, dass aber eine Nötigung auch aus anderen Gründen widerrechtlich sein könne. So mache sich z. B. derjenige einer widerrechtlichen Nötigung schuldig, welcher seinen Schuldner durch unerlaubte Selbsthilfe zur Zahlung nötige, denn die Rechtsordnung schreibe dem Gläubiger für diesen Fall den Klageweg vor.[54])

Auf diesem Wege weitergehend wird man mit Recht sagen dürfen: Wer einen Rechtsanspruch durch die Drohung mit Zufügung von Nachteilen, welche in keinem thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang mit der zu erzwingenden Handlung, Duldung oder Unterlassung stehen, verwirklicht, macht sich gleichfalls einer widerrechtlichen Nötigung schuldig.[55])

---

[54]) Vgl. Rechtspr. des R.G. in Strafs., Bd. I, S. 10.

[55]) Charakteristisch ist folgender Fall: Eine deutsche Firma übersandte an einen überseeischen Waarenhändler einen Ballen Waare. Sie übergab die Waare einem Spediteur, der die Lieferung nach Art. 384 H.G.B. übernahm und ausführte, d. h. ein bestimmtes Pauschquantum von der Firma erhielt und dafür die Zwischenspediteure selber aussuchte und mit ihnen im eigenen Namen kontrahierte. Anstatt aber die Waaren, wie ihm aufgetragen, als Eilgut durchgehen zu lassen, damit dieselben rechtzeitig zum Abgang des Schiffes am Hafenplatz einträfen, gab der Spediteur auf einer Zwischenstation die Waaren an einen anderen Spediteur weiter, welcher sie als gewöhnliches Frachtgut gehen liess. Die Waarensendung versäumte den Abgang des Schiffes und musste vier Wochen in dem Hafenplatz liegen bleiben. Innerhalb dieser Frist traf aber schon bei der deutschen Firma ein Schreiben ihres überseeischen Kunden ein, ausweislich dessen derselbe die Waare bemängelte und 25% vom Kaufpreis abzog, eventuell die Waare der Firma zur Verfügung stellte. Die Firma erwiderte, dass, wie ihr bekannt sei, die Waaren überhaupt noch garnicht abgegangen seien und danach auch noch nicht am Lieferungsort eingetroffen sein könnten. Sie würde deshalb ihn, den Kunden, wegen des offenbar versuchten Betruges anzeigen, wenn er nunmehr bei wirklichem Eintreffen der Waaren dieselben nicht unbemängelt zu dem vereinbarten Preise behielte. Der Waarenhändler, im Bewusstsein seiner Schuld musste denn auch in der That gute Miene zu bösem Spiel machen. Nehmen wir nun selbst an, die Waare der deutschen Firma sei thatsächlich fehlerfrei, und letztere daher berechtigt gewesen, die Abnahme zu dem vereinbarten Preise zu verlangen, so charakterisiert sich nach den obigen Ausführungen das Vorgehen der deutschen Firma selbst dann noch als „widerrechtliche Nötigung“. „Erpressung“ im engeren Sinne liegt nicht vor, weil der erzielte Vermögensvorteil kein rechtswidriger war — denn wir nehmen Vertragsmässigkeit der Waare an —; widerrechtlich war auch nicht die Drohung, den Kunden wegen des zweifellos versuchten Betruges zur Strafanzeige bringen zu wollen. Widerrechtlich war aber zweifellos die Verquickung dieses an sich berechtigten Nötigungszwecks und Nötigungsmittels, und zwar eben wegen des Mangels jeglicher Konnexität. Die Firma hatte die Blösse, die ihr

rechtliche — nicht schon strafbare, wenigstens nicht nach geltendem deutschen Reichsrecht — Nötigung vorliegt, dagegen nicht im zweiten.

Die Entscheidung bezüglich des zweiten Falles wird Befremden erregen, namentlich deshalb, weil drei deutsche Gerichte, an ihrer Spitze das Reichsgericht, sich übereinstimmend nicht nur für die prinzipielle Widerrechtlichkeit der im zweiten Fall vorkommenden Nötigung entschieden haben, sondern sogar für deren Strafbarkeit nach der heutigen engen Fassung des § 240 R.Str.G.B. Die Richter haben zwar angenommen, dass der Waldeigentümer befugt gewesen sei, die Holzdiebe festzunehmen; er habe sich aber zu diesem Ende nicht der Bedrohung mit einer Körperverletzung, einem Vergehen, bedienen dürfen.

Gehen wir[60] einige Schritte weiter. Vor einigen Jahren hörte in der Villenkolonie Grunewald bei Berlin an einem Vormittag eine des Weges kommende Arbeiterfrau Hilferufe. Sie eilte in der Richtung, aus der die Rufe kamen, vorwärts und fand in einer Blutlache liegend eine Frauensperson, auf welcher ein Mann kniete, der, sobald als er der Arbeiterfrau ansichtig wurde, eiligst aufsprang und querfeldein lief. Die Arbeiterfrau nahm die Verfolgung des Mannes auf, vermochte aber nicht, ihn einzuholen. Es gelang auch der Polizei nicht, des Thäters, welcher an der Getöteten, einer Krankenpflegerin, einen Lustmord verübt hatte, habhaft zu werden. Ein der That Verdächtiger wurde allerdings aufgegriffen, von den Geschworenen aber mangels Beweises freigesprochen.

Nehmen wir nun an, nicht eine Arbeiterfrau, sondern ein mit einem Schussgewehr bewaffneter Mann hätte den Mordbuben bei seiner That überrascht. Wäre derselbe nicht befugt gewesen, den flüchtigen Verbrecher durch die Drohung: „Steh' oder ich gebe Feuer!“ zum Stehenbleiben zu nötigen? Hätte der Verfolger sich wirklich dadurch einer widerrechtlichen Nötigung schuldig gemacht? M. E. nicht, und zwar wird jede Widerrechtlichkeit beseitigt durch die im § 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O. jedermann gewährte Befugnis, einen auf frischer That Betroffenen oder Verfolgten, welcher der Flucht verdächtig ist, oder dessen Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann, auch ohne richterlichen Befehl vorläufig festzunehmen. Eine Beschränkung

---

[60]) Wie Zimmermann, a. O. S. 601.

der Mittel der Festnahme finden wir im § 127 R.Str.Pr.O. nicht. Zweifellos ist zunächst körperliche Gewalt (vis absoluta) zulässig. Wenn aber körperliche Gewalt zulässig ist, so muss auch, wenn die Umstände die Anwendung körperlicher Gewalt unmöglich oder wirkungslos erscheinen lassen, geistige Gewalt (vis compulsiva) erlaubt sein, mithin auch die Bedrohung mit Zufügung einer Verletzung, die wirklich beizubringen der Drohende allerdings nicht befugt wäre. So liegt die Sache auch bei der Verfolgung der Holzdiebe durch den Waldeigentümer. Dass der Waldeigentümer von seiner Schusswaffe keinen wirklichen Gebrauch machen durfte, ist dem Reichsgericht zuzugeben,[61]) aber androhen[62]) durfte er eine solche Handlung, um das ihm civil- und strafrechtlich zustehende Pfändungs-, bezw. Anhaltungsrecht zu verwirklichen.

Oder wie denkt man sich eigentlich eine Realisierung jener civilen und staatlichen Befugnisse gegenüber einem flüchtigen Verbrecher, wenn die Anwendung von Gewalt oder Drohung bestraft werden soll? Heisst das nicht mit der einen Hand wieder entziehen, was man mit der anderen gewährt hat? Damit reicht man Steine statt Brotes und verfällt in eine Praxis, die, wie Ihering[63]) treffend ausgeführt hat, den Verbrecher statt des Verletzten und der Gesellschaft schützt.

Kronecker[64]) konnte zu einer Verurteilung des Waldeigentümers nur durch seine gekünstelte Auslegung des § 240 R.Str.G.B. kommen. Indem er bekanntlich[65]) das Wort „widerrechtlich" nur auf das Nötigungsmittel der „Gewalt" beschränkt, paralysiert er die wohlthätige Wirkungsfähigkeit dieses Wortes geradezu. Wenn er a. O. mit

---

[61]) Vgl. das preussische Gesetz über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten vom 31. März 1837. Nach § 1 dess. dürfen die Beamten nur dann von ihren Waffen Gebrauch machen, wenn 1. ein Angriff auf ihre Person erfolgt, oder sie mit einem solchen Angriffe bedroht werden; oder wenn 2. die bei einem Holz- oder Wilddiebstahl, bei einer Forst- oder Jagdkontravention auf der That Betroffenen oder derselben Verdächtigen sich der Anhaltung, Pfändung, Abführung oder Ergreifung thätlich oder durch gefährliche Drohungen widersetzen.

[62]) So ist wohl auch v. Buri G.S. Bd. 33, S. 415 zu verstehen. Der im Text vertretenen Ansicht sind insbesondere Zimmermann, a. O. G.S. Bd. 33, S. 601 und John, a. O. Ztschr. f. Str.W. Bd. I, S. 222 ff., letzterer allerdings aus anderen Gründen. Vgl. auch den im Nachtrag mitgeteilten Fall.

[63]) Kampf ums Recht, 10. Aufl. Wien 1891. S. 94 ff.

[64]) G.S. Bd. 32, S. 50 und Ztschr. f. ges. Str.W. Bd. 3 S. 638 ff.

[65]) Vgl. oben S. 10 und 11 Anm. 22.

rechtliche — nicht schon strafbare, wenigstens nicht nach geltendem deutschen Reichsrecht — Nötigung vorliegt, dagegen nicht im zweiten.

Die Entscheidung bezüglich des zweiten Falles wird Befremden erregen, namentlich deshalb, weil drei deutsche Gerichte, an ihrer Spitze das Reichsgericht, sich übereinstimmend nicht nur für die prinzipielle Widerrechtlichkeit der im zweiten Fall vorkommenden Nötigung entschieden haben, sondern sogar für deren Strafbarkeit nach der heutigen engen Fassung des § 240 R.Str.G.B. Die Richter haben zwar angenommen, dass der Waldeigentümer befugt gewesen sei, die Holzdiebe festzunehmen; er habe sich aber zu diesem Ende nicht der Bedrohung mit einer Körperverletzung, einem Vergehen, bedienen dürfen.

Gehen wir[60]) einige Schritte weiter. Vor einigen Jahren hörte in der Villenkolonie Grunewald bei Berlin an einem Vormittag eine des Weges kommende Arbeiterfrau Hilferufe. Sie eilte in der Richtung, aus der die Rufe kamen, vorwärts und fand in einer Blutlache liegend eine Frauensperson, auf welcher ein Mann kniete, der, sobald als er der Arbeiterfrau ansichtig wurde, eiligst aufsprang und querfeldein lief. Die Arbeiterfrau nahm die Verfolgung des Mannes auf, vermochte aber nicht, ihn einzuholen. Es gelang auch der Polizei nicht, des Thäters, welcher an der Getöteten, einer Krankenpflegerin, einen Lustmord verübt hatte, habhaft zu werden. Ein der That Verdächtiger wurde allerdings aufgegriffen, von den Geschworenen aber mangels Beweises freigesprochen.

Nehmen wir nun an, nicht eine Arbeiterfrau, sondern ein mit einem Schussgewehr bewaffneter Mann hätte den Mordbuben bei seiner That überrascht. Wäre derselbe nicht befugt gewesen, den flüchtigen Verbrecher durch die Drohung: „Steh' oder ich gebe Feuer!“ zum Stehenbleiben zu nötigen? Hätte der Verfolger sich wirklich dadurch einer widerrechtlichen Nötigung schuldig gemacht? M. E. nicht, und zwar wird jede Widerrechtlichkeit beseitigt durch die im § 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O. jedermann gewährte Befugnis, einen auf frischer That Betroffenen oder Verfolgten, welcher der Flucht verdächtig ist, oder dessen Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann, auch ohne richterlichen Befehl vorläufig festzunehmen. Eine Beschränkung

---

[60]) Wie Zimmermann, a. O. S. 601.

der Mittel der Festnahme finden wir im § 127 R.Str.Pr.O. nicht. Zweifellos ist zunächst körperliche Gewalt (vis absoluta) zulässig. Wenn aber körperliche Gewalt zulässig ist, so muss auch, wenn die Umstände die Anwendung körperlicher Gewalt unmöglich oder wirkungslos erscheinen lassen, geistige Gewalt (vis compulsiva) erlaubt sein, mithin auch die Bedrohung mit Zufügung einer Verletzung, die wirklich beizubringen der Drohende allerdings nicht befugt wäre. So liegt die Sache auch bei der Verfolgung der Holzdiebe durch d. Waldeigentümer. Dass der Waldeigentümer von seiner Schusswaffe keinen wirklichen Gebrauch machen durfte, ist dem Reichsgericht zuzugeben,[61]) aber androhen[62]) durfte er eine solche Handlung, um das ihm civil- und strafrechtlich zustehende Pfändungs-, bezw. Anhaltungsrecht zu verwirklichen.

Oder wie denkt man sich eigentlich eine Realisierung jener civile und staatlichen Befugnisse gegenüber einem flüchtigen Verbrecher, wenn die Anwendung von Gewalt oder Drohung bestraft werden soll? Heisst das nicht mit der einen Hand wieder entziehen, was man mit der anderen gewährt hat? Damit reicht man Steine statt Brotes und verfällt in eine Praxis, die, wie Ihering[63]) treffend ausgeführt hat, den Verbrecher statt des Verletzten und der Gesellschaft schützt.

Kronecker[64]) konnte zu einer Verurteilung des Waldeigentümers nur durch seine gekünstelte Auslegung des § 240 R.Str.G.B. kommen. Indem er bekanntlich[65]) das Wort „widerrechtlich“ nur auf d. Nötigungsmittel der „Gewalt“ beschränkt, paralysiert er die wol thätige Wirkungsfähigkeit dieses Wortes geradezu. Wenn er a. O. i

---

[61]) Vgl. das preussische Gesetz über den Waffengebrauch der Forst- und J beamten vom 31. März 1837. Nach § 1 dess. dürfen die Beamten nur dann ihren Waffen Gebrauch machen, wenn 1. ein Angriff auf ihre Person erfolgt, sie mit einem solchen Angriffe bedroht werden; oder wenn 2. die bei einem oder Wilddiebstahl, bei einer Forst- oder Jagdkontravention auf der That Betr oder derselben Verdächtigen sich der Anhaltung, Pfändung, Abführung od greifung thätlich oder durch gefährliche Drohungen widersetzen.

[62]) So ist wohl auch v. Buri G.S. Bd. 33, S. 415 zu verstehen. Der vertretenen Ansicht sind insbesondere Zimmermann, a. O. G.S. Bd. 33, und John, a. O. Ztschr. f. Str.W. Bd. I, S. 222 ff., letzterer allerdings aus Gründen. Vgl. auch den im Nachtrag mitgeteilten Fall.

[63]) Kampf ums Recht, 10. Aufl. Wien 1891. S. 94 ff.

[64]) G.S. Bd. 32, S. 50 und Ztschr. f. ges. Str.W. Bd. 3 S. 638 ff.

[65]) Vgl. oben S. 10 und 11 Anm. 22.

Die Besprechung des Falles des Waldeigentümers hat uns scheinbar etwas von unserem Thema abgeführt, indessen nur scheinbar. Denn es lag dem Verfasser ob, sein Votum der Straflosigkeit jenes Thäters gegenüber der entgegenstehenden Ansicht des Reichsgerichts zu rechtfertigen, um so mehr, als man vielleicht nach den obigen Entwickelungen und dem aufgestellten Postulat einer Erweiterung der Strafbarkeit der Nötigung gerade ein dem Reichsgericht zustimmendes Votum erwarten konnte. Hierzu kam noch insbesondere die Absicht, zu zeigen, dass die hier verfochtene Tendenz einer Erweiterung der Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung die Praktikabiltät des Rechts nicht nur nicht gefährdet, sondern dank der scharfen Markierung der Grenzen der Widerrechtlichkeit unter Umständen sogar zu milderen Konsequenzen führen kann als die unter der jetzigen engen Fassung des Nötigungsparagraphen herrschende Praxis.

Schneller dürften sich die beiden anderen Fälle, der des angedrohten Kontraktbruches und der der angedrohten Relegation erledigen lassen.

Um den Fall des Rektors, welcher durch die Androhung der Relegation zwei Studenten zur Unterlassung eines Duells nötigt, vorweg zu nehmen, so lässt sich über ihn Folgendes sagen: Wenn die Relegation im Falle eines Duells eine Rechtsbeugung (§ 336 R.Str.G.B.) wäre, so wäre die Drohung mit derselben sowohl nach § 240 R.Str.G.B.[69]), als auch nach der oben[70]) vom Verfasser aufgestellten Formulierung widerrechtlich, und würde deshalb auch eine widerrechtliche und strafbare Nötigung nach sich ziehen, natürlich unter der Voraussetzung, dass dem Drohenden die Widerrechtlichkeit des angewandten Nötigungs-

---

rechtswidrigen Angriff auf fremdes Eigentum ansieht, und, der Ablationstheorie huldigend, den Diebstahl erst mit Bergung der Sache vollendet sein lässt, so würde im vorliegenden Falle der rechtswidrige Angriff noch nicht vollendet, d. h. also noch ein gegenwärtiger sein, und dem Waldeigentümer daher der Schutz des § 53 Str.G.B. zur Seite stehen. Der Volksanschauung dürfte offenbar diese Auslegung am nächsten kommen; denn jedermann hat wohl, wenn er den Dieb mit der gestohlenen Sache davoneilen sieht, die Empfindung, dass der rechtswidrige Angriff gegen sein Eigentum noch nicht vollendet, sondern noch ein gegenwärtiger ist, solange als eben noch eine unmittelbare gegenwärtige Verfolgung möglich ist.

[69]) Vgl. auch noch § 241 R.Str.G.B.

[70]) S. 17.

ruft: „Bleib' stehen, oder ich werfe Dich nieder", weil letzteres die Bedrohung mit einem Vergehen, der Körperverletzung oder Realinjurie, wäre. Und weil eben hierzu noch kommt, dass der § 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O. sich über die Mittel der Festnahme gar nicht auslässt, so ist es unerfindlich, warum man nicht psychische Gewalt (vis compulviva) gerade so wie physische (vis absoluta) gestatten sollte.

Auch ist es unumgänglich, sich die Situation eines Menschen auszudenken, der auf der Verfolgung eines Verbrechers begriffen, also im höchsten Affekt ist. Der Verfasser möchte hier auf die schneidigen Ausführungen Iherings[66]) über den hier behandelten verwandte Verhältnisse hinweisen. Auch hier fragt man sich unwillkürlich, ob der Gesetzgeber, der Richter, welcher so feine Unterscheidungen macht, sich die Lage des Verfolgers etwa wie die des Odysseus denkt, der sich zum Zweikampf mit Iros vorbereitet:

Jetzo erwog im Geiste der herrliche Dulder Odysseus,
Ob er ihn schlüge mit Macht, dass er gleich hintaumelte seellos;
Oder ob sanft er schlüg' und nur auf den Boden ihn streckte.
Dieser Gedanke erschien dem Zweifelnden endlich der beste.

(Odyssee, XVIII, 90 ff.)

Es macht daher — und dies dürfen wir, ganz abgesehen von allen übrigen Erwägungen, lediglich auf Grund einer Auslegung des § 240 R.Str.G.B. mit Rücksicht auf § 127 Abs. 1 R.Str.Pr.O. sagen — im vorliegenden Fall eine Anwendung des zweitgedachten Nötigungsmittels: „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" die Nötigung des Eigentümers ebenso wenig zu einer widerrechtlichen, wie eine Anwendung des erstgedachten Nötigungsmittels „Gewalt."[67]) Da mithin weder das angewandte Nötigungsmittel Widerrechtlichkeit der Nötigung nach sich zieht, noch auch sonst Widerrechtlichkeit des Zweckes oder der Verbindung von Mittel und Zweck vorliegt, so konnte die Nötigung selbst weder widerrechtlich noch strafbar sein.[68])

---

[66]) Kampf ums Recht, 10. Aufl. Wien, 1891. S. 92 ff. Man kann hier wie Ihering a. O. S. 91 mutatis mutandis sagen: Wehe bei solcher Rechtsauslegung dem Verletzten, wohl dem Verbrecher!

[67]) Ders. A. Zimmermann, a. O. G.S. Bd. 33, S. 601 und wohl auch v. Buri, ebenda, S. 415. Ebenso John, a. O. Ztschr. f. ges. Str.W., Bd. I, S. 222 ff., wenn auch aus anderen Gründen.

[68]) Es sei übrigens noch die Frage aufgeworfen, ob der Waldeigentümer sich nicht noch im Zustande der Notwehr befand. Wenn man den Diebstahl als einen

Die Besprechung des Falles des Waldeigentümers hat uns scheinbar etwas von unserem Thema abgeführt, indessen nur scheinbar. Denn es lag dem Verfasser ob, sein Votum der Straflosigkeit jenes Thäters gegenüber der entgegenstehenden Ansicht des Reichsgerichts zu rechtfertigen, um so mehr, als man vielleicht nach den obigen Entwickelungen und dem aufgestellten Postulat einer Erweiterung der Strafbarkeit der Nötigung gerade ein dem Reichsgericht zustimmendes Votum erwarten konnte. Hierzu kam noch insbesondere die Absicht, zu zeigen, dass die hier verfochtene Tendenz einer Erweiterung der Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung die Praktikabiltät des Rechts nicht nur nicht gefährdet, sondern dank der scharfen Markierung der Grenzen der Widerrechtlichkeit unter Umständen sogar zu milderen Konsequenzen führen kann als die unter der jetzigen engen Fassung des Nötigungsparagraphen herrschende Praxis.

Schneller dürften sich die beiden anderen Fälle, der des angedrohten Kontraktbruches und der der angedrohten Relegation erledigen lassen.

Um den Fall des Rektors, welcher durch die Androhung der Relegation zwei Studenten zur Unterlassung eines Duells nötigt, vorweg zu nehmen, so lässt sich über ihn Folgendes sagen: Wenn die Relegation im Falle eines Duells eine Rechtsbeugung (§ 336 R.Str.G.B.) wäre, so wäre die Drohung mit derselben sowohl nach § 240 R.Str.G.B.[69]), als auch nach der oben[70]) vom Verfasser aufgestellten Formulierung widerrechtlich, und würde deshalb auch eine widerrechtliche und strafbare Nötigung nach sich ziehen, natürlich unter der Voraussetzung, dass dem Drohenden die Widerrechtlichkeit des angewandten Nötigungs-

---

rechtswidrigen Angriff auf fremdes Eigentum ansieht, und, der Ablationstheorie huldigend, den Diebstahl erst mit Bergung der Sache vollendet sein lässt, so würde im vorliegenden Falle der rechtswidrige Angriff noch nicht vollendet, d. h. also noch ein gegenwärtiger sein, und dem Waldeigentümer daher der Schutz des § 53 Str.G.B. zur Seite stehen. Der Volksanschauung dürfte offenbar diese Auslegung am nächsten kommen; denn jedermann hat wohl, wenn er den Dieb mit der gestohlenen Sache davoneilen sieht, die Empfindung, dass der rechtswidrige Angriff gegen sein Eigentum noch nicht vollendet, sondern noch ein gegenwärtiger ist, solange als eben noch eine unmittelbare gegenwärtige Verfolgung möglich ist.

[69]) Vgl. auch noch § 241 R.Str.G.B.

[70]) S. 17.

mittels bekannt war.[71]) Den Deliktscharakter der angedrohten Handlung brauchte der Thäter nicht zu kennen,[72]) es genügt, dass ihm deren Widerrechtlichkeit bewusst war. Dass der Nötigungszweck im vorliegenden Fall kein widerrechtlicher ist, ja im Gegenteil die Unterlassung einer strafbaren Handlung zum Gegenstande hat, könnte an der Widerrechtlichkeit der Nötigung nichts ändern.[73])

Nun kann man aber m. E. den § 336 R.Str.G.B. schwerlich auf den vorliegenden Fall anwenden; denn die Verhängung der Relegation, d. h. im Allgemeinen die Strafverhängung seitens der akademischen Behörden gegenüber den Studierenden, ist keine „Rechtssache" i. S. des § 336, sondern eine Disziplinarsache. Unter die heutige Fassung des § 240 R.Str.G.B. fällt daher die Handlungsweise des Rektors zwar m. E. nicht, eben weil er nicht mit Begehung eines Verbrechens (der Rechtsbeugung i. S. des § 336 R.St.G.B.) drohte; wohl aber fällt sie unter die oben[74]) gegebene von der „widerrechtlichen Nötigung" schlechthin, wie sie vielleicht auch schon nach heutigem Recht, aber höchstens nach dem § 339 R.Str.G.B. strafbar wäre.

Interessanter und praktisch wichtiger noch ist der letzte der drei Fälle, nämlich der der Nötigung zur Bewilligung besserer Vertragsbedingungen als die ursprünglich ausgemachten durch die Drohung des Vertragsbruches.

Dass eine solche Handlungsweise unter den § 240 des R.Str.G.B. in seiner jetzigen Fassung grundsätzlich nicht fällt — Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen — ist klar. Nur in wenigen Ausnahmefällen — Bruch des Heuervertrages (§ 298 R.Str.G.B. und § 81 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872) und des Armeelieferungsvertrages (§ 329 R.Str.G.B.) ist der Kontraktsbruch ein strafbares Vergehen. In solchem Falle ist natürlich auch die Nötigung durch Androhung eines solchen Kontraktsbruches gemäss § 240 R.Str.G.B. strafbar.

Für die grosse Mehrzahl der Fälle aber kann es sich nur darum

---

[71]) Es folgt dies daraus, dass die Widerrechtlichkeit Begriffsmerkmal der deliktuosen Nötigung ist. So auch v. Liszt, Lehrb., 6. Aufl. S. 328 und 152.

[72]) Ders. A. v. Liszt, a. O. S. 328. A. A. Kronecker, a. O. Ztschr. f. Str., W. 1883, S. 642.

[73]) Ders. A. v. Liszt, a. O. S. 328. A. A. John, a. O. Ztschr. f. Str., W., S. 244.

[74]) S. 17.

handeln, ob die Nötigung durch Androhung des Vertragsbruches unter die oben[75]) gegebene weitere Formulierung fällt. Dabei wird zu prüfen sein, ob dieser Thatbestand vielleicht den Erfordernissen des § 253 R.Str.G.B. — des Erpressungsparagraphen — genügt, da bei diesem mit Absicht so gewählten Beispiel zum ersten Mal ein Vermögensvorteil den Nötigungszweck bildet. Hierbei ist zu beachten, dass mit dem Fallenlassen des restringierenden Moments des § 240: Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen, und mit der dadurch bewirkten Erweiterung des Thatbestandes der strafbaren widerrechtlichen Nötigung eine Nivellierung der Thatbestände der §§ 240, 253 R.Str.G.B. in der Art eintreten würde, dass nunmehr der im § 253 vorgesehene Fall nur eine Spezies der strafbaren widerrechtlichen Nötigung geworden wäre. Die Widerrechtlichkeit dieses Spezialnötigungsfalles besteht in der Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes, welcher speziell in der Erlangung eines Vermögensvorteils gipfeln muss.

Im vorliegenden Fall ist nun der Nötigungszweck: Erlangung besserer Vertragsbedingungen als die ursprünglich ausgemachten, das Nötigungsmittel: Androhung des Vertragsbruches.[76])

Wie bereits oben bemerkt, ist der Vertragsbruch nach heutigem Recht in der Regel weder ein Verbrechen oder Vergehen, noch sonst überhaupt kriminell strafbar.[77]) Offenbar aber ist er widerrechtlich, denn er verstösst gegen einen der obersten Rechtsgrundsätze: Pacta sunt servanda. Die Drohung mit der widerrechtlichen Zufügung von Nachteilen ist aber selbst widerrechtlich, mithin das in unserem Falle angewandte Nötigungsmittel widerrechtlich, und widerrechtlich damit die Nötigung selbst.

Widerrechtlich ist aber ingleichen der verfolgte Nötigungszweck,

---

[75]) S. 17.

[76]) Je nachdem nun z. B. beim Arbeitsvertrag der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer der Drohende ist, wird der Nötigungszweck Herabdrücken, bezw. Heraufschrauben des bedungenen Lohnes, und das Nötigungsmittel Bedrohung mit vorzeitiger Entlassung der Arbeiter oder vorzeitiger Niederlegung der Arbeit sein. Zur Illustration ist hier das in unserer Zeit am meisten hervortretende, für die Heftigkeit des Interessenwiderstreits am meisten charakteristische Vertragsverhältnis herangezogen. Das von diesem Gesagte gilt aber mutatis mutandis vom Kauf-, Miets-, Gesellschaftsvertrag, vom Vollmachtsauftrag, zinsbaren Darlehn und allen sonstigen wirtschaftlich erheblichen Verträgen.

[77]) Über Ausnahmen von dieser Regel vgl. das oben S. 32 Gesagte.

d. i. der erstrebte Vermögensvorteil; denn, wie bereits oben[78]) ausgeführt, ist nach der übereinstimmenden Auffassung der gesamten Judikatur und Litteratur rechtswidrig jeder „nicht rechtlich begründete“ Vermögensvorteil[79]), d. h. jeder Vorteil, auf den der Nötigende keinen Rechtsanspruch hat.[80]) Wenn demnach im vorliegenden Fall das vertragsmässig bedungene Vermögensäquivalent für die vertragsmässig bedungene Leistung ein ganz bestimmtes war, und der eine Kontrahent nötigt den anderen durch Drohung, ihm ein höheres Äquivalent für die sich gleich bleibende Leistung zu gewähren, so verschafft er sich damit einen Vermögensvorteil, auf welchen er kein Recht hatte,[81]) d. i. also einen rechtswidrigen Vermögensvorteil.

Es liegt demnach auch wegen Widerrechtlichkeit des Nötigungszweckes widerrechtliche Nötigung vor, und zwar hat sie dadurch, dass der erstrebte widerrechtliche Zweck einen rechtswidrigen Vermögensvorteil darstellt, die Erscheinungsform der Erpressung angenommen. — — —

— — Von dem Verhältnis der Erpressung zur widerrechtlichen Nötigung im Allgemeinen sind unsere Erörterungen ausgegangen. Dieses Verhältnis musste insofern als ein Missverhältnis bezeichnet werden, als unser heutiges deutsches Reichsrecht durch die Verengung des Thatbestandes der widerrechtlichen Nötigung in ihrer Funktion als Voraussetzung des Strafeintritts wichtigen immateriellen Lebensgütern den Schutz entzieht, den es dem unbedeutendsten Vermögenswert gewährleistet. Im Reichsstrafgesetzbuch ist die Erpressung keine

---

[78]) Vgl. S. 16 Anm. 34 und 35.

[79]) Vgl. v. Liszt, a. O. S. 448, § 140 No. II, 4 und § 138, II, 3 auf S. 442, insbes. Note 4 daselbst.

[80]) So auch wörtlich in Art. 334 des Strafgesetzbuchs für Hannover.

[81]) Der Unterschied dieses Falles von der Verfolgung eines rechtmässigen Vermögensvorteils erhellt aus folgendem Beispiel. Ein Kunde nötigt bei der Bestellung seinen Lieferanten durch die Drohung, er werde seinen Bedarf künftig von einem Konkurrenten beziehen, zur Herabsetzung der Preise. Hier ist der Vermögensvorteil kein rechtswidriger, denn der Abnehmer hat beim Vertragsschluss einen civilrechtlich verbürgten Anspruch darauf, ein ihm möglichst günstiges Angebot zu erzielen: In emptionibus venditionibus se circumvenire licet. Dagegen hat die Staatsanwaltschaft kürzlich in einem Falle mit Recht Erpressung angenommen, als ein Bauunternehmer, der mit seinen Baugeldern schlecht gewirtschaftet hatte, einen Werkmeister durch die Drohung, er werde sich anderenfalls insolvent erklären, zum Nachlass von der bedungenen Werkmeisterforderung genötigt hatte.

wie im Art. 154 des Codice penale — der allgemeinen Nötigung — nicht Begriffsmerkmal. Es fragt sich aber, ob eine solche Differenzierung vom Gesetzgeber gewollt, eventuell ob sie aufrecht zu erhalten ist, da doch, wie oben[88]) ausgeführt, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bei jeder Nötigung ohne Unterschied zu fordern sein dürfte. Es bleibt ja dem Richter überlassen, durch Erhöhung des Strafmasses dem Beamten einen stärkeren Schutz gegen widerrechtliche Nötigung gerade so zu gewähren, wie dies bei der Beamtenbeleidigung zu geschehen pflegt.[89])

Das Nämliche gilt schliesslich noch von dem § 339 R.Str.G.B., da der hier mit Strafe bedrohte Missbrauch der Amtsgewalt oder die Androhung eines bestimmten Missbrauchs derselben offenbar nichts als widerrechtliche Gewalt, bezw. Drohung mit widerrechtlicher Zufügung von Nachteilen involvieren.

Es wäre also, um das gewonnene Resultat zusammenzuziehen, eine dem Art. 154 des Codice penale[90]) ähnliche Fassung zu befürworten mit der Modifikation, dass als Kautel vor das Verbum „nötigt“ das Wort „widerrechtlich“ zu setzen wäre. Damit würde m. a. W. jede widerrechtliche Nötigung auch zu einer strafbaren erhoben sein, und das wäre sicherlich keine Unzuträglichkeit, da, wie oben[91]) insbesondere an der Hand der Beispiele gezeigt worden ist, die Grenzen der Widerrechtlichkeit in ihren drei Erscheinungsformen — Widerrechtlichkeit der Gewalt oder Drohung mit widerrechtlicher Zufügung von Nachteilen, Widerrechtlichkeit des Zweckes und Mangel der Konnexität eines an sich berechtigten Mittels und Zweckes — scharf markierte und in jedem Einzelfall genau fixierbare sind. Dass unsere These kein Novum ac Inauditum, und ihre Annahme auch praktisch durchführbar ist, dafür dürfen wir uns getrost auf den Art. 154 des Codice penale per il regno d'Italia vom 30. Juni 1889 berufen.

Der Strafrahmen eines so erweiterten Nötigungsparagraphen wäre gleichfalls zu erweitern, und es bedürfte alsdann der §§ 114, 253, 339 R.Str.G.B. und des § 153 R.G.O. nicht mehr. Ist die Praktika-

[88]) Vgl. oben S. 20.

[89]) Das Gleiche gilt vom § 107 Str.G.B.: „. . . . verhinderte zu wählen“ ist soviel wie „zur Unterlassung (sc. der Wahl) nötigt“. Ebenso § 106 a. O. u. a.

[90]) Vgl. oben S. 18 a. E.

[91]) Vgl. oben insbes. S. 31.

bilität der erweiterten Fassung aber durch die oben gegebenen eingehenden Exemplifizierungen und den Vorgang des italienischen[92]) Strafgesetzbuchs belegt, so wird die sittliche Notwendigkeit derselben angesichts des an die Spitze dieser Arbeit gestellten Falles schwerlich Jemand verkennen.

So hat denn auch gerade auf der von uns betretenen Bahn die deutsche Reichsgesetzgebung in neuester Zeit einen erfreulichen Schritt vorwärts gethan. Während noch nach den ersten beiden Lesungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs im § 728 Abs. 2, bezw. § 770 Abs. 2 (831 Abs. 2) der verführten Frauensperson nur dann eine Entschädigung zugebilligt war, wenn die Vollziehung des Beischlafs eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des R.Str.G.B. mit Strafe bedrohten Handlungen darstellte,[93]) bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch nunmehr

---

[92]) Eine analoge Fassung hatten bereits die Strafgesetzbücher von Hannover Art. 247 (ergänzend Polizeistrafgesetz § 202) und von Thüringen Art. 158: „Wer entweder ohne Recht oder mit Überschreitung der Grenzen seines Rechts durch körperliche Gewalt oder Drohungen Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt . . . .“ Ähnlich auch Braunschweig Str.G.B. § 178, das — etwas inkorrekt und unjuristisch — „gefährliche Drohungen“ voraussetzt. Ganz einseitig hat dagegen der Entwurf eines Strafgesetzes für Österreich, Wien 1891, im § 254 die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung nur auf den Fall der Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel beschränkt, indem es allerdings hier wenigstens über die enge Fassung des § 240 des deutschen R.Str.G.B. in gewisser Beziehung hinausgeht. Im § 271 (Erpressung) schliesst der Entwurf sich der weiten Fassung des § 253 des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs an. Bei der Unzureichendheit der §§ 204, 205, 255 wäre auch nach dem österreichischen Entwurf die weibliche Ehre u. s. w. in einem Falle wie dem unsrigen schlechter geschützt wie ein Pfennig Geldeswert. Nicht ausreichend erscheinen auch die Strafbestimmungen des Code pénal, der als Minimum im Art. 308 „Bedrohung mit Thätlichkeiten“ (voies de fait ou violences) verlangt. Art. 91 des Stooss'schen Entw. straft die ernstliche Bedrohung durch Wort oder That.

[93]) Diese Beschränkung der Entschädigungsansprüche war damit motiviert, dass die Kommission sich auf den Standpunkt gestellt hätte, die Ansprüche aus einer ausserehelichen Beiwohnung seien keine Deliksobligation, und deshalb gewähre die einfache Verführung zur Unzucht keine Entschädigungsansprüche. So Motive Bd. II. S. 752, Bd. IV S. 907 (zu § 1577). Dieser Standpunkt ist prinzipiell sicherlich begründet. Die Gesetzgeber waren aber zu weit gegangen, wenn sie die Gewährung von Entschädigungsansprüchen nur an das Vorliegen eines der Fälle der §§ 176, 177, 179 und 182 Str.G.B. knüpften. Wie die obigen Ausführungen ergeben, nimmt eben das Strafgesetzbuch in dieser Frage einen zu engherzigen Standpunkt ein; vgl. oben

1. im § 825:

„Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

2. im § 847:

„Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. . . . .

Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt wird."

Danach würde der C in unserem Falle wenigstens ein civilrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den B zustehen, der ihr bisher nach geltendem Recht ebenfalls nicht zustand. Freilich ein ungenügendes Surrogat, eine wenig befriedigende Genugthuung! Aber die neuen Rechtssätze sind als ein prinzipieller Fortschritt mit Freude zu begrüssen, als ein Symptom dafür, dass in den gesetzgeberischen Kreisen die Lücke unseres Reichsstrafgesetzbuchs, der mangelhafte Schutz der immateriellen[94]) Lebensgüter, auch als eine Lücke empfunden wird. Heisst es doch in den Kommissionsberichten[95]) geradezu: „Der Antrag, welcher sich von den Beschlüssen erster Lesung wesentlich durch die Einfügung der Worte „durch Drohung" unterscheidet, wurde ohne

---

S. 4 ff. Eine Bezugnahme auf seine Bestimmungen hätte daher das B.G.B. in eine gleiche Engherzigkeit verfallen lassen. Wie in vorstehender Arbeit ausgeführt, wäre sogar eine Bezugnahme auf den § 240 Str.G.B. unzureichend gewesen. Die Reichstagskommission hat sich daher mit Recht ganz auf den oben vertretenen Standpunkt gestellt. Die einfache Verführung zur Unzucht gewährt, abgesehen von dem Falle des § 1300 B.G.B., grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch.

[94]) „Immaterieller Schaden" ist in der Ausgabe von Achilles die ausdrückliche Überschrift des § 847 B.G.B.

[95]) Drucksachen des Reichstags Nr. 440, S. 104 (1896), Bericht über die zweite Lesung des Entwurfs in der Reichstagskommission, zu § 809 der Reichstagsvorlage.

bilität der erweiterten Fassung aber durch die oben gegebenen eingehenden Exemplifizierungen und den Vorgang des italienischen[92]) Strafgesetzbuchs belegt, so wird die sittliche Notwendigkeit derselben angesichts des an die Spitze dieser Arbeit gestellten Falles schwerlich Jemand verkennen.

So hat denn auch gerade auf der von uns betretenen Bahn die deutsche Reichsgesetzgebung in neuester Zeit einen erfreulichen Schritt vorwärts gethan. Während noch nach den ersten beiden Lesungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs im § 728 Abs. 2, bezw. § 770 Abs. 2 (831 Abs. 2) der verführten Frauensperson nur dann eine Entschädigung zugebilligt war, wenn die Vollziehung des Beischlafs eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des R.Str.G.B. mit Strafe bedrohten Handlungen darstellte,[93]) bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch nunmehr

---

[92]) Eine analoge Fassung hatten bereits die Strafgesetzbücher von Hannover Art. 247 (ergänzend Polizeistrafgesetz § 202) und von Thüringen Art. 158: „Wer entweder ohne Recht oder mit Überschreitung der Grenzen seines Rechts durch körperliche Gewalt oder Drohungen Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt . . . .“ Ähnlich auch Braunschweig Str.G.B. § 178, das — etwas inkorrekt und unjuristisch — „gefährliche Drohungen“ voraussetzt. Ganz einseitig hat dagegen der Entwurf eines Strafgesetzes für Österreich, Wien 1891, im § 254 die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung nur auf den Fall der Widerrechtlichkeit der Nötigungsmittel beschränkt, indem es allerdings hier wenigstens über die enge Fassung des § 240 des deutschen R.Str.G.B. in gewisser Beziehung hinausgeht. Im § 271 (Erpressung) schliesst der Entwurf sich der weiten Fassung des § 253 des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs an. Bei der Unzureichendheit der §§ 204, 205, 255 wäre auch nach dem österreichischen Entwurf die weibliche Ehre u. s. w. in einem Falle wie dem unsrigen schlechter geschützt wie ein Pfennig Geldeswert. Nicht ausreichend erscheinen auch die Strafbestimmungen des Code pénal, der als Minimum im Art. 308 „Bedrohung mit Thätlichkeiten“ (voies de fait ou violences) verlangt. Art. 91 des Stooss'schen Entw. straft die ernstliche Bedrohung durch Wort oder That.

[93]) Diese Beschränkung der Entschädigungsansprüche war damit motiviert, dass die Kommission sich auf den Standpunkt gestellt hätte, die Ansprüche aus einer ausserehelichen Beiwohnung seien keine Deliksobligation, und deshalb gewähre die einfache Verführung zur Unzucht keine Entschädigungsansprüche. So Motive Bd. II. S. 752, Bd. IV S. 907 (zu § 1577). Dieser Standpunkt ist prinzipiell sicherlich begründet. Die Gesetzgeber waren aber zu weit gegangen, wenn sie die Gewährung von Entschädigungsansprüchen nur an das Vorliegen eines der Fälle der §§ 176, 177, 179 und 182 Str.G.B. knüpften. Wie die obigen Ausführungen ergeben, nimmt eben das Strafgesetzbuch in dieser Frage einen zu engherzigen Standpunkt ein; vgl. oben

1. im § 825:

„Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

2. im § 847:

„Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. . . . .

Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt wird."

Danach würde der C in unserem Falle wenigstens ein civilrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den B zustehen, der ihr bisher nach geltendem Recht ebenfalls nicht zustand. Freilich ein ungenügendes Surrogat, eine wenig befriedigende Genugthuung! Aber die neuen Rechtssätze sind als ein prinzipieller Fortschritt mit Freude zu begrüssen, als ein Symptom dafür, dass in den gesetzgeberischen Kreisen die Lücke unseres Reichsstrafgesetzbuchs, der mangelhafte Schutz der immateriellen[94]) Lebensgüter, auch als eine Lücke empfunden wird. Heisst es doch in den Kommissionsberichten[95]) geradezu: „Der Antrag, welcher sich von den Beschlüssen erster Lesung wesentlich durch die Einfügung der Worte „durch Drohung" unterscheidet, wurde ohne

---

S. 4 ff. Eine Bezugnahme auf seine Bestimmungen hätte daher das B.G.B. in eine gleiche Engherzigkeit verfallen lassen. Wie in vorstehender Arbeit ausgeführt, wäre sogar eine Bezugnahme auf den § 240 Str.G.B. unzureichend gewesen. Die Reichstagskommission hat sich daher mit Recht ganz auf den oben vertretenen Standpunkt gestellt. Die einfache Verführung zur Unzucht gewährt, abgesehen von dem Falle des § 1300 B.G.B., grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch.

[94]) „Immaterieller Schaden" ist in der Ausgabe von Achilles die ausdrückliche Überschrift des § 847 B.G.B.

[95]) Drucksachen des Reichstags Nr. 440, S. 104 (1896), Bericht über die zweite Lesung des Entwurfs in der Reichstagskommission, zu § 809 der Reichstagsvorlage.

Widerspruch angenommen, da in einem solchen Falle der Schadensersatzanspruch zweifellos gerechtfertigt erscheine, und die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, welche nach § 807 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs auch für die Enschädigungsfrage in Betracht kommen, nach dieser Richtung zu enge gefasst sind." [96] [97].

---

[96]) So ist z. B. der § 228 B.G.B. bei der Definition des Notstandes ebenfalls mit Recht über den § 54 Str.G.B. hinausgegangen, und zwar wiederum aus dem Grunde, weil jener Strafgesetzbuchparagraph zu eng ist. Diese Erweiterung kommt hier übrigens materiellen Interessen zu Gute.

[97]) Um so bedauerlicher ist es, dass der § 253 B.G.B. die Ausdehnung der Ersatzpflicht auf den immateriellen Schaden (dommage moral) prinzipiell ausschliesst. Der oben citierte § 847 B.G.B. bildet nur eine zu Gunsten eines Falles wie des hier vorliegenden gemachte Ausnahme. Der § 253 B.G.B. bezeichnet damit also generell sogar einen Rückschritt im Vergleich zum bisherigen Recht (§ 87 I 6 A.L.R.); vergl. darüber Motive Bd. II S. 22; Gierke, der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht, S. 196. Unser Fall dagegen, der bisher auch civilrechtlich vollkommen schutzlos war, — das preuss. Ges. vom 24. April 1854 gab nur Schadensersatzansprüche im Fall einer Schwängerung, und mangels Vorliegens einer solchen hatten Schadensersatzansprüche das Vorliegen einer unerlaubten, d. h. mit Strafe bedrohten Handlung zur Voraussetzung, vgl. Rehbein & Reincke, A.L.R. 5. Aufl. Bd. III S. 130 Note 333, C.P.O. § 260, — unser Fall geniesst nun doppelten Schutz. Die C kann Ersatz des materiellen (§ 825 B.G.B.), sowie des immateriellen (§ 847 Abs. 2 B.G.B.) Schadens fordern. Ersterer wird allerdings in einem Falle wie dem unsrigen nur selten vorliegen. Um so wichtiger ist die Funktion des § 847 Abs. 2 B.G.B.

Nachtrag zu S. 28 Anm. 62.

Folgender charakteristischer Fall ist dem Verfasser während des Druckes bekannt geworden: Ein Forstbeamter begegnete einem Radfahrer, der auf dem Fussweg fuhr. Der Beamte rief ihm zu, zu halten. Da der Radler dieser Aufforderung keine Folge leistete, warf der Beamte seinen Stock zwischen das Rad. Der Radler stürzte und zerschlug sich dabei das Gesicht. Offenbar hat sich hier der Forstbeamte einer Körperverletzung schuldig gemacht, denn die ihm nach § 127 Abs. 1 Str.Pr.O. zustehenden Befugnisse reichen nicht aus, sein Vorgehen zu rechtfertigen. Schwerlich aber hätte der Beamte sich einer widerrechtlichen Nötigung im Sinne des § 240 R.Str.G.B. schuldig gemacht, wenn er den auf frischer That ertappten Radler durch den Zuruf: „Halt', oder ich werfe meinen Stock zwischen die Räder!" zum Anhalten genötigt hätte. Und doch hätten diese Worte eine „Bedrohung mit einem Vergehen" (Körperverletzung) enthalten. Die Anwendung dieser vis compulsiva wäre aber eben in concreto im Hinblick auf § 127 Abs. 1 Str.Pr.O. nicht widerrechtlich gewesen.

Die Lehre

vom unbeendigten und beendigten Versuch.

Von

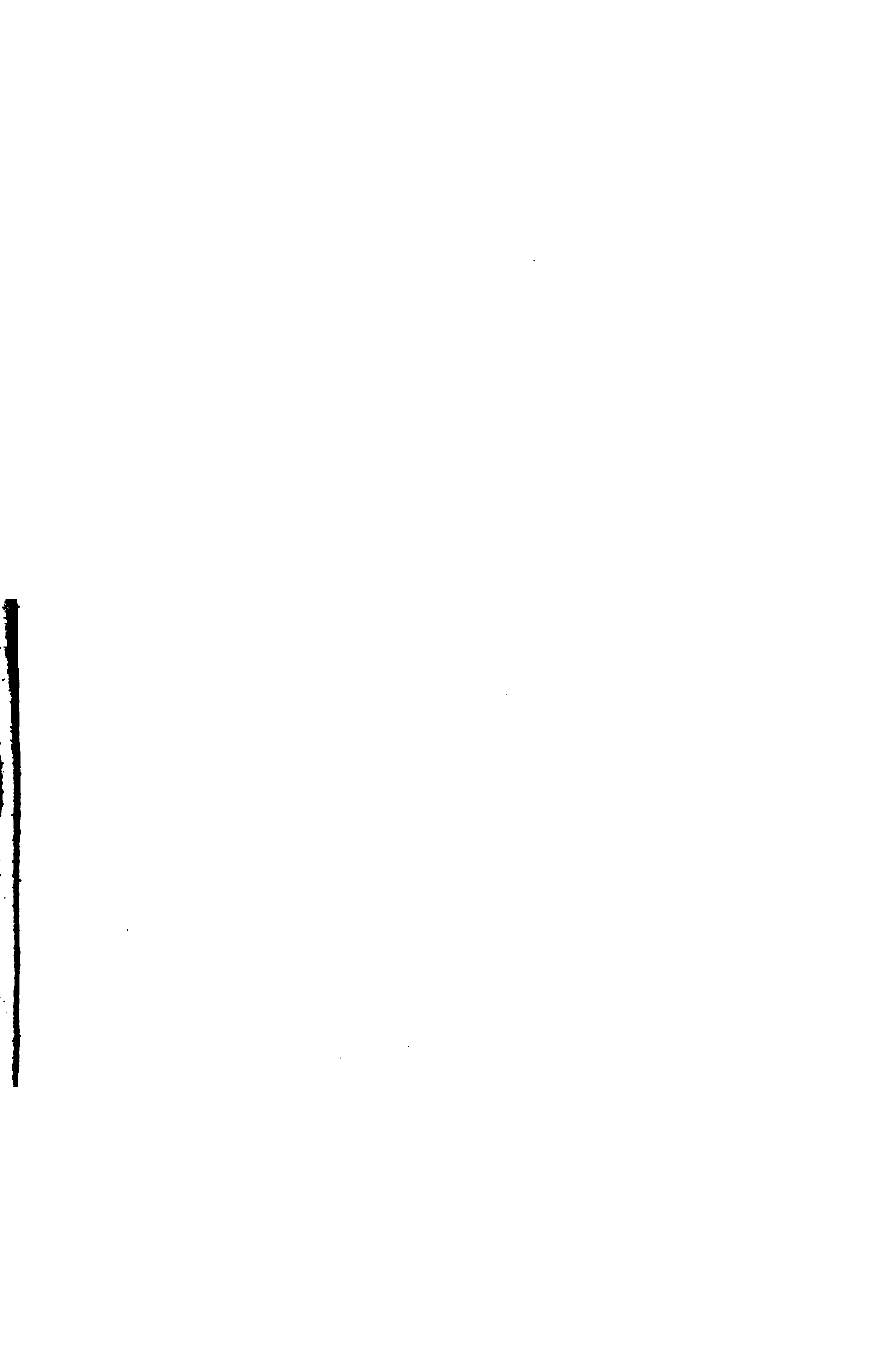
Dr. **James Goldschmidt**, Berlin.

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber A. Kurtze.




Meinen Eltern.



Vorrede.

Die vorliegende Arbeit, welche seinerzeit der Berliner juristischen Fakultät als Inauguraldissertation vorgelegen hat, und die ich nun in Buchform der Öffentlichkeit übergebe, ist in ihren ersten zwei Teilen nur wenig, desto erheblicher aber in ihrem letzten, dem dogmatischen Teile, verändert worden.

Was die beiden ersten Teile, welche die Entwickelungsgeschichte des beendigten Versuchs darzustellen unternehmen, anlangt, so lag zu einer Umgestaltung kein Grund vor. Die geschichtlichen Unterlagen, auf welchen diese Teile aufgebaut sind, bleiben, so hoffe ich, unerschüttert. Der Versuchung, die an mich herantrat, die Litteratur und Legislatur in noch weiterem Umfange heranzuziehen, habe ich widerstanden. Denn einmal lag es mir fern, über den Rahmen meiner Arbeit hinausgehend, mich über das weitere Versuchsgebiet zu verbreiten. Sodann aber halte ich es auch nicht für die Aufgabe einer Monographie, eine Zusammenstellung der gesamten einschlägigen Litteratur und Legislatur zu geben. Beide dürfen nur insoweit in Betracht kommen, als sie von prinzipieller Bedeutung für die Entwickelungsgeschichte des behandelten Begriffs geworden sind, als sie dem Schicksal desselben entscheidungsvolle Wendungen gegeben haben. Von diesem Standpunkt aber, meine ich, ist Wesentliches nicht übersehen worden. Immerhin mag der beobachtete Eklektizismus an manchen Stellen auf Widerspruch stossen, und der Leser diese oder jene litterarische Erscheinung, die ihm der Beachtung wert dünkt, vermissen. Ich bitte indessen, nicht daraus zu schliessen, dass sie mir fremd geblieben ist.

Noch weniger der Rechtfertigung, wie der prinzipiell wenig veränderte Wiederabdruck der beiden ersten Teile, bedarf, glaube ich, die Umarbeitung des letzten Teils einer solchen. Diese Umarbeitung nimmt den breitesten Raum an zwei Stellen ein, nämlich einmal bei der Feststellung meines Standpunktes zu den verschiedenen Versuchs-

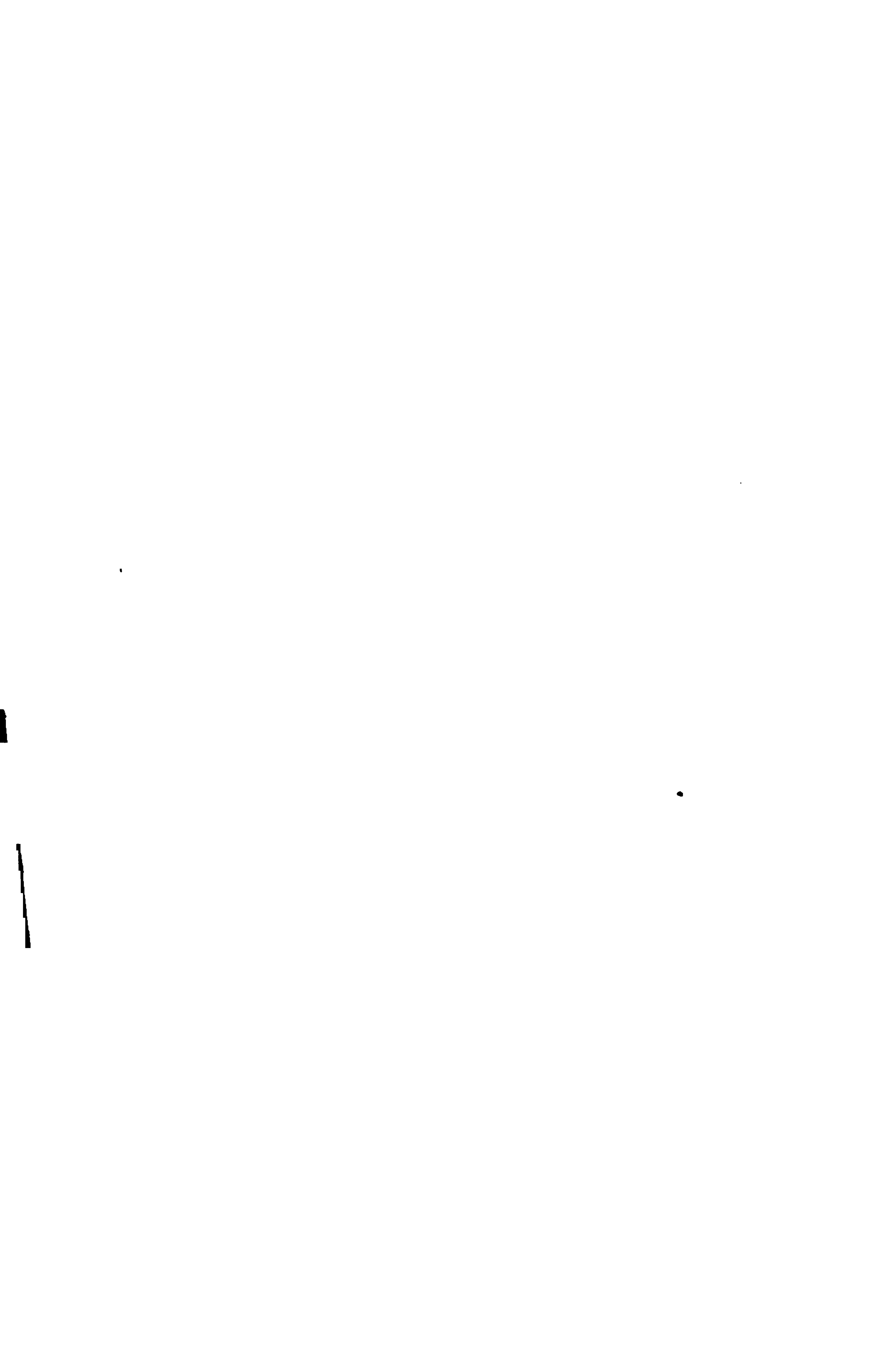
theorieen und sodann in dem Schlussabschnitt, der über die Bedeutung des beendigten Versuchs de lege ferenda handelt. Was zunächst die neu angefügten Auslassungen über diesen letzten Punkt anlangt, so stehen sie unter dem Einfluss des Erfolges, den der Begriff des beendigten Versuchs ausser in den neuen mexikanischen, spanischen und italienischen Strafgesetzbüchern in allerneuester Zeit wieder in dem Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs erlangt hat. Die Feststellung meines Standpunktes zu den verschiedenen Versuchstheorieen aber bedurfte vor allem einer eingehenden Neuredaktion, weil meine Auffassungsweise Zielpunkt mehrfacher Angriffe geworden ist. Von hervorragender Seite — ich nenne die Herren Reichsgerichtsrat Dr. von Buri (Leipzig), den klassischen Autor des „Versuchs“, und Professor Dr. Birkmeyer (München) — ist mir in privaten Mitteilungen der Einwurf gemacht worden, dass mein neutraler Standpunkt angesichts der thatsächlich bestehenden Spaltung von Theorie und Praxis in Subjektivismus und Objektivismus doch wohl schwerlich durchführbar sein werde. Ich glaube, dass die erhobenen Bedenken lediglich Ausflüsse eines Missverständnisses sind, dessen Verschuldung ich gern bereit bin der vielleicht etwas zu summarischen Art meiner Darstellungsweise an den einschlägigen Stellen zur Last zu legen, und ich habe daher die Gelegenheit einer nochmaligen Veröffentlichung meiner Arbeit zu einer weiteren Ausgestaltung und tieferen Begründung meines prinzipiellen Standpunktes benutzt.

Zum Schlusse sei es mir noch verstattet, Herrn Professor Dr. J. Kohler (Berlin), welcher mich zu dieser zweiten Veröffentlichung der vorliegenden Abhandlung angeregt und dabei mit seinem Einfluss unterstützt hat, meinen tiefempfundensten Dank auszusprechen.

Berlin, um die Jahreswende 1896/97.

Der Verfasser.

Übersicht und Inhalt.



Einleitung.

„Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, ch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verchens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das be-.chtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen wegen Versuches zu bestrafen."

So definiert das R.Str.G.B. im § 43 den „Versuch".

Auf den ersten Blick erscheinen uns als wesentliche Bestandteile Versuchsbegriffs nach heutigem deutschen Reichsrecht:

1. Anfang der Ausführung,
2. Nichtvollendung des beabsichtigten Verbrechens.

Das erste Merkmal bezeichnet positiv den Anfangspunkt, das eite negativ den Endpunkt des Versuchs.

Seit langer Zeit haben nun Wissenschaft und Gesetzgebung danach strebt, innerhalb des so abgegrenzten Stadiums der verbrecherischen itigkeit auch noch Grade oder Stufen zu unterscheiden. Die darauf ichteten Bestrebungen waren die verschiedenartigsten, je nach den ichtspunkten, die man den Einteilungen zu Grunde legte.

Von diesen Gradationen finden wir anscheinend keine mehr in rem R.Str.G.B. Und in der That würden wir vergeblich nach irgend r direkten, positiven darauf hinauslaufenden Bestimmung suchen.

Nun lautet aber der § 46:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

- die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
- zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat."

Diesem Paragraphen liegt allerdings noch eine Zergliederung des Versuchsbegriffes zu Grunde, es ist die in unbeendigten und beendigten Versuch.

Der § 46 ist verhältnismässig nur ein schwacher Niederschlag einer langen Entwickelung, und nicht deren reifste Frucht. Er war eher ein Schritt zum Verzicht auf die ganze Unterscheidung als ein Ausbau derselben.

Daher ist es ganz unmöglich, in dogmatischer Anknüpfung an das heute geltende Reichsrecht, dem Wesen des beendigten Versuchs und seinem Unterschiede vom unbeendigten auf den Grund zu kommen. Nur eine geschichtliche Entwickelung kann Aufschluss über Natur und Inhalt dieser Begriffe geben, nur sie vermag, die sich an unser Problem knüpfenden Streitfragen zu erklären und schliesslich das einer heutigen Dogmatik noch bleibende Gebiet abzuschichten.

Danach ergiebt sich denn auch der Gang unserer Darstellung: der Verfasser will vor allem in einem längeren geschichtlichen Teile den Bestandteilen nachgehen, welche sich in dem heutigen Begriffe des beendigten Versuchs finden, sodann in einem zweiten der Behandlung gedenken, welche jener Begriff in unserer Reichsgesetzgebung und neueren Doktrin erfahren hat, um schliesslich in einem letzten das Gebiet zu durchwandern, welches noch einer dogmatischen Bearbeitung harrt.

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Begriffsentwickelung.

A. Das delictum perfectum.

I. Menochius.

Derjenige, welcher den Begriff des beendigten Versuchs zum ersten Male in der Wissenschaft aufbringt, ist unzweifelhaft Jacobus Menochius[1]) (geboren 1532 zu Pavia, gestorben 1607). In seinem Werke: de arbitrariis judicum qnaestionibus et causis sagt er, im Verlaufe seiner

---

[1]) Weder im römischen, noch im altdeutschen Recht finden wir eine systematisch begriffliche Bestimmung des Versuchs. Um so weniger kann von einer Abstufung des Versuchsbegriffs die Rede sein. Vgl. f. d. römische Recht: Hälschner, preussisches Strafrecht, I. 1858, S. 174; Seeger, Ausbildung der Lehre v. Versuch in d. Wissenschaft des Mittelalters, Tübingen 1869; Cropp, de praeceptis juris Romani circa puniend. conat., sect. I, t. 3; Lelièvre, de conat. delinqu. p. 38 ff.; Zachariä, Versuch d. Verbrechen, Göttingen 1839, I. S. 185 ff. Die bisweilen angeführten Stellen l. 17 § 1 D. de aedilic. ed. 21, 1 und l. 66 D. de furtis 47, 2 handeln nicht vom beendigten Versuch, sondern vom vollendeten Verbrechen. Ebensowenig ist l. 5 § 7 C. ad. legem Jul. maj. 9, 8 beweiskräftig. — Für das deutsche Recht vgl. Brunner, Rechtsgesch. II, § 127.

Eine generelle Abstraktion des Versuchsbegriffes bringt erst die mittelalterliche italienische Doktrin. Vergl. darüber: Seeger, a. O. S. 13 ff.; Savigny, Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter, VI, S. 60 ff.; Geib, Lehrb. 1862, II. S. 296. Auch eine Gradation des nunmehr gewonnenen Begriffes wird unternommen; es ist die in conatus remotus und proximus, welche rein quantitativ das äusserliche Fortschreiten der Handlung markiert. Daran hält auch noch Clarus (1525—1575) fest; vgl. Rec. sent. lib. V. qu. 92. Luden, über d. Versuch d. Verbrechen, Göttingen 1836, S. 418 behauptet allerdings, schon die Glosse kenne den Begriff des beendigten Versuchs. Er bezieht sich dafür auf eine Stelle ad. l. 66 (65) D. de furtis 47, 2: „Si processum est ad actum: si quidem *consummatus* est et *perfectus* (sc. actus), non potest postea paenitere, ut evitet poenam. Si autem actus non *consummatus* est nec *perfectus:* si quidem quia noluit, sed potuit, licet paenitere, et non incidit in poenam“. Luden sieht hier in dem *actus perfectus* bereits das spätere *delictum perfectum,* wohl mit

Auseinandersetzung[2]) über den conatus, folgendes: „Cum actui multum proximus factus est, ut quando ex latere huius enitentis delinquere nihil agendum superest ad criminis perfectionem: tunc conatus in se nomen „*delicti perfecti*" habet. . . . . Fit exemplum, in propinante alteri venenum causa homicidii, quod quidem venenum is bibit, sed ad mortem non nocuit propter adhibita medicamenta: hoc in casu conatus iste omnino punitur, sive in atroci, sive in levi crimine adhibitus sit. Hic enim, quantum in se fuit, homicidium perpetravit."

Der Zweck Menochs ist offenbar, einen qualifizierten Grad des Versuchs zu schaffen, der bei allen[3]) Delikten strafbar ist.

Dieser qualifizierten Art der pönalen Behandlung entspricht aber auch ein besonderer krimineller Charakter. Schon bei Menoch finden wir den qualitativen Unterschied, welcher das delictum perfectum von dem gesamten übrigen Herrschaftsbereich des conatus trennt: der Thäter hat — quantum in se fuit — die That vollbracht[4]). Damit ist

---

Unrecht. In der Glossenstelle bedeuten die Ausdrücke: *actus consummatus et perfectus* nichts als eine Tautologie, was schon — wie Zachariä a. O. II. S. 10, Anm. 3 richtig bemerkt — daraus hervorgeht, dass das Wort „consummatus" dem Worte „perfectus", als das scheinbar Schwächere, vorangestellt ist. Derselben Ansicht und gegen Luden sind auch Wächter, Lehrb. des Strafrechts, I. § 85, Note 69, S. 142, und Rosshirt, Entwickelung der Grundsätze, S. 323.

[2]) a. O. lib. II. casus 360, No. 20. Hier wird nach der Kölner Ausgabe von 1599 citiert. Das Werk wurde jedoch 1684 ebendaselbst neu aufgelegt. Vgl. über Menoch auch den von Berner in seinem Aufsatz im Gerichtssaal, 1865, XVII, S. 102 citierten Nettelbladt, Initia histor. litterar. ed. 2, Hal. 1774, p. 108, 109.

[3]) Das röm. Recht straft nämlich den Versuch i. d. R. nur bei den crimina publica, nicht aber bei den delicta privata; letzteres wohl, weil die Strafe hier zumeist in einem Vielfachen des zugefügten Schadens bestand, ein solcher aber, wenn es beim Versuch geblieben war, nicht vorlag. Menoch will nun, dass sein neu geschaffenes delictum perfectum sowohl bei den crimina atrocia, als auch bei den crimina levia gestraft werde.

[4]) Das Opfer hat hier das Gift schon getrunken. Zum ersten Male würden, bei einer Erläuterung dieser Stelle Menochs, die objektive und die subjektive Theorie auf einander platzen, m. a. W.: Ist es nötig — wie z. B. später Carrara fordert —, dass das Opfer das Gift schon getrunken habe, damit „beendigter Versuch", resp. „delictum perfectum" vorliege, oder ist dies nicht erforderlich, wenn nämlich der Thäter schon das Mischen des Giftes für ausreichend hielt? Oder hat endlich eine Mittelmeinung (Breidenbach, Kommentar z. hess. Str. G. B., II. S. 173; auch Romagnosi, Weber, Hufnagel, v. Liszt, L. Cohn u. a.) recht, welche je nach den Umständen entscheiden will, ob zur Konstituierung des beendigten Versuchs das Trinken des Giftes verlangt werden müsse? Die Entscheidung darüber bleibt späteren Erörterungen vorbehalten, welche generell und deduktiv auch für den Fall des Vergiftungs-

die Lage qualitativ verändert; denn nun ist ein Rücktritt im strengen Sinne des Wortes, d. h. ein Haltmachen des Thäters, unmöglich geworden. Ein negatives Verhalten des Thäters von diesem Zeitpunkt ab würde seine Strafbarkeit und — einen normalen Verlauf vorausgesetzt — den Eintritt des Erfolges nicht mehr hindern können; er müsste schon aktiv eingreifen, seine Handlungen sozusagen zurückschneiden, wollte er deren Gefährlichkeit beseitigen.

Darin liegt das Eigenartige des Menochschen Begriffs vor allen voraufgehenden Versuchsstufen. Jedenfalls aber — und daran müssen wir festhalten — ist bei Menochius das sogen. delictum perfectum nur die höchste Spitze des conatus proximus; er nennt es ausdrücklich: „conatus actui multum proximus“ und ist weit davon entfernt, unter Verzichtleistung auf die althergebrachte Einteilung in conatus remotus und proximus, das Kriterium seines delictum perfectum etwa einer neuen Versuchseinteilung zu Grunde legen zu wollen.

Menochius behält die alte Einteilung ruhig bei und hebt nur innerhalb des conatus proximus als besondere Erscheinungsform desselben das delictum perfectum hervor.

II. Die gemeine deutsche Doktrin bis zum A. L. R.

Dass die deutsche Theorie und Praxis sich an die italienische Wissenschaft angeschlossen haben, geht bekanntlich aus der Entstehungsgeschichte der beiden Kodifikationen des 16. Jahrhunderts, der Bambergensis und der Carolina, hervor.

Nun sind aber diese beiden Gesetzbücher lange vor Menochius — dessen Werk ja erst 1599 erschien — entstanden und können daher selbstverständlich nichts von einem delictum perfectum wissen. Anders dagegen schon die sich an die Carolina anschliessende Wissenschaft, bei der wir eine auffällige terminologische Verschiebung finden.

So versteht z. B. Benedict Carpzow (1595—1666)[5] unter „actus proximus“ den Fall „quando delinquens a sua parte et quanto in ipso est delictum consummavit“. Ganz ähnlich spricht J. S. F. Böhmer († 1772)[6] von dem schwersten Fall des Versuchs der delicta atrociora: „si modo reus a sua parte omnia ed consummandum scelus direxit,

---

versuches anwendbar sein werden; diesen besonders zu betrachten, liegt kein Grund vor. Menoch scheint übrigens der Normalfall vorzuschweben, dass der Giftmischer seinen Gegner erst durch besondere Thätigkeit zum Trinken veranlassen musste.

[5]) Pract. criminal. qu. II. no. 55 und qu. XVII. no. 18 ff.

[6]) Meditt. in C.C.C. art. 178 § 9.

Damit ist ein Grundprinzip gewonnen. Das delictum perfectum erscheint nun nicht mehr als die höchste Spitze des conatus proximus, sondern tritt ihm als Gegensatz gegenüber, und zwar nicht nur dem conatus proximus, sondern überhaupt dem conatus.

Letzteres wird besonders von Zachariä [14]) lebhaft getadelt. Dieser verwirft „die Benennung und Zusammenstellung des mit dem Ausdruck delictum perfectum bezeichneten Falles unter einem Einteilungsgliede mit dem vollbrachten oder konsummierten Verbrechen, wodurch derselbe auf eine in der That unzulässige Weise dem Versuch gegenübergestellt oder davon losgerissen, und leicht eine unrichtige Vorstellung über die Strafwürdigkeit desselben veranlasst wird. So lange noch nicht alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zum gesetzlichen Begriffe des Verbrechens gehört, ist letzteres bloss versucht, und ein Mittelglied zwischen Versuch und Vollendung giebt es nicht."

Zachariäs Ausführungen können nicht genug hervorgehoben werden, denn er hat damit auf eine Gefahr aufmerksam gemacht, welche dem deutschen Sprachgebrauch drohte. Eine solche liegt nämlich in der Verkennung des deutschen Ausdrucks „Versuch". Wir Deutschen verstehen unter „Versuch" die Gesammtheit aller zur Ausführung gelangten verbrecherischen Handlungen, vorausgesetzt nur, dass ihnen die Spitze, d. h. der gewollte Erfolg, fehlt [15]).

Der Name „delictum perfectum" muss Klein verführt haben, diese Stufe aus dem Konat auszuscheiden und bei dem Delikt unterzubringen [16]).

Jedenfalls hatte das delictum perfectum ein unglückliches Schicksal. Aus seiner Stellung als Unterglied des conatus proximus, wohin es nicht passte, befreit, wurde es ganz vom Versuchsbegriff abgelöst und unter den Deliktsbegriff gebracht, wohin es noch weniger passte.

Trotz dieser falschen Stellung, die er dem delictum perfectum angewiesen, gebührt Klein doch der Ruhm, die Individualität des delictum perfectum zum ersten Male unzweideutig markiert zu haben [17]).

---

[14]) a. O. II, S. 24.

[15]) Dass der italienische resp. französische und spanische Sprachgebrauch bezüglich der Worte tentativo, bezw. tentative und tentativa um vieles schwankender ist und diese Ausdrücke oft weit enger fasst, wird weiter unten gezeigt werden.

[16]) Über die weiteren Schicksale dieses Namens vgl. unten S. 23 ff.

[17]) Es muss hier zuerst der Einteilung der Delikte in „materielle" und „formale" gedacht werden, je nachdem der gesetzliche Thatbestand den Eintritt eines äusseren Erfolges fordert oder nicht. Diese Unterscheidung hat in der gemeinrechtlichen Doktrin — wie sich noch zeigen wird — eine grosse Rolle gespielt. Es sei dem

Schon ein Jahr früher als Kleins Werk wird das A.L.R. publiziert[18]), dessen § 40, II 20 lautet:

„Hat der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen blossen Zufall verhindert worden, so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt[19])".

Der § 40 A.L.R. enthält begrifflich bereits das delictum perfectum, ohne jedoch dessen Namen aufzuweisen. Weiterhin entnehmen wir dem Wortlaut der citierten Bestimmung, dass das A.L.R. das delictum perfectum auf das Gebiet der sog. „materiellen" Delikte[17]) beschränkt, was sich eigentlich schon aus der objektiven Fassung („hat der Thäter . . . . alles gethan") von selbst versteht[20]).

So ist denn das A.L.R. für unsere Lehre von entscheidender Bedeutung, da es das erste deutsche Gesetzbuch ist, welches sich den neuen Begriff aneignet[21]).

Verfasser gestattet, dieselbe im geschichtlichen Teile beizubehalten, ohne jedesmal erst einen Protest gegen ihre innere Berechtigung und die daran geknüpften Folgen einlegen zu müssen. Über ihr endgültiges Schicksal vgl. unten S. 56. Klein hat anscheinend diese Scheidung seinem System stillschweigend zu Grunde gelegt. Notwendig ist dies allerdings nicht; denn man kann unter „der Wirkung nach vollbracht" gerade so gut den Eintritt eines äusseren Erfolges, als auch das Vorhandensein aller zum gesetzlichen Thatbestande erforderlichen Merkmale verstehen.

[18]) Citiert nach d. neuen Aufl., Berlin 1832.

[19]) Vgl. auch A.L.R. II 20, § 43: „Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung garnicht erfolgen kann, . . . kann auf Begnadigung Anspruch machen." Es wäre wohl logisch richtiger gewesen, die beiden Wege, welche zur Straflosigkeit führen, scharf zu trennen.

[20]) Vgl. Zachariä in Goltdammers Archiv, V, S. 585, welcher auch der Ansicht ist, dass das A. L. R. a. O. den untauglichen Versuch nicht zum delictum perfectum rechne, da bei untauglichem „der Thäter nicht alles Seinige gethan habe. Da nun aber der untaugliche Versuch für die formalen Delikte die einzige mögliche Erscheinungsform des delictum perfectum sei, so seien diese naturgemäss von dessen Bereich ausgeschlossen". Wollte man auf die Tragweite dieser Erörterungen kritisch eingehen, so müsste man in das Wespennest der sich einander bekämpfenden Versuchstheorieen stechen; denn — so wird eingeworfen — auch bei dem delictum perfectum der sog. materiellen Delikte kann der Thäter nicht „alles Seinige" gethan haben, sonst wäre eben der Erfolg eingetreten. In wieweit es in den Rahmen unserer Arbeit fällt, zu den verschiedenen Versuchstheorieen Stellung zu nehmen, wird unten S. 52 ff. erörtert werden. Hier sei es dem Verfasser gestattet, sich auf eine einfache Darstellung jener zum Teil veralteten Ansichten zu beschränken.

[21]) Die constitutio crim. Theresiana von 1768 hat im art. 13 § 3 in der Wiener

Die Beziehungen Kleins zum A.L.R. sind bekannt[22], so dass der Streit müssig ist, ob dass A.L.R. aus Klein[23], oder Klein aus dem A.L.R.[24] geschöpft habe.

Das Verhältnis Kleins zu Menoch dagegen ist ein ebenso unaufgeklärtes, wie das Carpzows und Böhmers zu jenem italienischen Kriminalisten. Aber auch für Klein besteht bezüglich der Identität seines Begriffs mit dem Menochs, Carpzows, Böhmers und Kochs kaum ein Zweifel, während dagegen hier die Identität der Rangstellung eben dieses Begriffes mit der bei den Vorgängern geleugnet werden muss. Jedoch ist die Verschrobenheit der Stellung des Kleinschen delictum perfectum für die Folgezeit in der deutschen Wissenschaft von keiner so grossen Bedeutung gewesen, als man hätte annehmen sollen. Das wird sich noch weiter unten zeigen.

Ehe es aber möglich ist, die Schicksale des delictum perfectum in der deutschen Theorie und Praxis weiter zu verfolgen, ist es erforderlich, auf eine sich ganz neu und selbständig bildende Lehre in Italien und Frankreich einzugehen.

B. Das delitto frustrato und das délit manqué.

I. Das delitto frustrato Romagnosis (vorläufige Feststellung).

Im Jahre 1791 erschienen zum ersten Male zu Pavia die Genesi del diritto penale von Giandomenico Romagnosi (geb. 1774 zu Salso im Herzogtum Piacenza)[1].

Ausg. v. 1769 S. 26 am Rande noch die veraltete Terminologie, u. a. auch des conatus proximus. Begrifflich versteht sie jedoch darunter, wie Carpzow und Böhmer, offenbar die Menochsche Versuchsstufe.

[22]) Vgl. Förster-Eccius, preuss. Privatrecht I S. 8; Weber, N. Arch. f. Kriminalrecht IV S. 32; Allg. jur. Monatsschrift f. d. preuss. Staaten XI, 11, S. 199 u. s. w.

[23]) So Zachariä a. O. II § 168.

[24]) So Weber a. O. S. 24 ff. und Hälschner a. O. S. 204. Letzterer aber, konsequent seiner Ansicht, dass nicht Klein, sondern Koch zuerst eine systematische Aufstellung des delictum perfectum in Deutschland gegeben habe, behauptet, dass das A.L.R. aus Koch schöpfe. Dies ist aber nicht mit Sicherheit anzunehmen; denn begrifflich, wenn auch namenlos, finden wir das delictum perfectum bekanntlich schon bei Carpzow und Böhmer. Eine Sonderstellung nimmt Koch durchaus nicht ein, im Gegenteil, seine Darstellung lässt Klarheit vermissen. Das A.L.R. nimmt gewissermassen eine Zwischenstufe zwischen der älteren Theorie und Klein ein, es hat den Begriff des delictum perfectum ohne dessen Namen, es hat aber wenigstens nicht den falschen Namen „conatus proximus".

[1]) Die kgl. Bibliothek zu Berlin besitzt ausser der 1833 zu Jena erschienenen *deutschen Übersetzung* des Romagnosischen Werkes von Heinrich Luden, 2 Bd., nur

In diesem Werke [2]) widmet der Verfasser eine ausführliche Behandlung der Lehre von dem „delitto frustrato“.

Er sagt daselbst: „Non bisogna confondere il conato al delitto col delitto andato a voto, e che appellar si potrebbe un delitto frustrato“.

Was Romagnosi unter „delitto frustrato“ [3]) versteht, sagt er uns selber [4]):

„Il delitto frustrato è l'esecuzione ragionata e libera di un atto fisico esterno o semplice, o complesso, dai cui *d'ordinario* deriva un effetto ingiustamente nocivo altrui, spinta per quanto si può all' estremo, alla quale l'accidente, o sia il caso, impedisca di ottenere questo stesso effetto, ed in quanto oppunto manca per accidente di questo stesso effetto nocivo.“

Die begrifflichen Merkmale des „delitto frustrato“ sind danach also folgende:

1°. ein Vorsatzdelikt [5]);

2°. ein einfaches oder zusammengesetztes Verbrechen [6]);

---

die dritte Auflage dieses Werkes in der Ursprache, Milano 1823. Da nun aber Zachariä, a. O. S. 39 Anm. 1 und im Anschluss daran auch Berner, Gerichtssaal 1865 und Gutachten für den deutschen Juristentag v. 1876, augenscheinlich nach der ersten 1791 erschienenen Ausgabe von Romagnosi citieren, so ergiebt sich eine gewisse Misslichkeit in der Texterklärung; denn — wie aus dem folgenden hervorgehen wird — hat Romagnosi augenscheinlich in seiner 3. Aufl. gerade für unsere Lehre zum Teil nicht unerhebliche Änderungen vorgenommen. Anders lassen sich gewisse Inkongruenzen gar nicht erklären.

[2]) Bd. II § 679 ff. S. 171 ff., vgl. auch § 679 ff. Teil II S. 14 der Ludenschen Übersetzung von 1833.

[3]) Luden a. O. übersetzt „delitto frustrato“ durch „vereiteltes Verbrechen“, Berner, Ger.-Saal S. 103, mit „fehlgeschlagener Versuch“, u. Gutacht. S. 4 u. 5 bald mit „fehlgeschl. Versuch“, bald mit „fehlgeschl. Verbrechen“.

[4]) a. O. § 694.

[5]) So dürfte man wohl am treffendsten „esecuzione ragionata e libera“ wiedergeben. Wenn Luden a. O. es mit „überlegte . . . Ausführung“ übersetzt, so wäre eine derartige Übertragung, infolge der Terminologie unseres R. Str. G. B., vielleicht geeignet, falsche Vorstellungen hervorzurufen.

[6]) Um diese Ausdrücke zu verstehen, muss man auf den § 670 bei Romagnosi a. O. zurückgehen. Er versteht unter „einfachen Verbrechen“ solche, welche sich aus einer einzigen (wie z. B. die Verbalinjurie), unter „zusammengesetzten“ solche, welche sich aus mehreren, aufeinander folgenden Handlungen zusammensetzen. Einen „tentativo“ sieht er nur bei den „zusammengesetzten“ Verbrechen als begrifflich möglich an; vgl. § 671 a. O. Wenn er das „delitto frustrato“ dagegen auch bei den „einfachen“ Verbrechen als möglich ansieht, so ist das weiter nicht auffällig; erklären doch gemeinrechtliche deutsche Juristen, so z. B. Weber, N. Arch. d. Kr. R. IV, 1821,

3°. die verbrecherische Thätigkeit ist, soweit als möglich, beendet;
4°. sie musste nach menschlicher Berechnung — d'ordinario — den rechtswidrigen Erfolg nach sich ziehen, und derselbe daher nur infolge eines Zufalls ausgeblieben sein.

Es erhebt sich nun die Frage, woher dieser Begriff Romagnosis stammt.

Dass Romagnosi der erste war, welcher den Begriff des „delitto frustrato" in Italien einführte, darüber kann kein Zweifel herrschen. Das bezeugt uns u. a. Pessina[7]), und die Forschungen ausgezeichneter Gelehrter, wie Zachariäs und Berners, haben ergeben, dass jener Begriff in Italien früher nicht bekannt war.

Nicht in Italien, aber vielleicht anderswo! Zu dieser Annahme bekennen sich sowohl Zachariä als auch Berner. Sie nehmen an, dass Romagnosi seinen Begriff den Franzosen entlehnt habe, indem sie sich hierfür auf die Worte Romagnosis „delitto mancato nel senso della parola manqué dei Francesi" stützen[8]).

Diese Worte stehen nun aber in der dritten, Mailänder, Ausgabe Romagnosis jedenfalls nicht, und sie können auch gar nicht darin stehen, da Romagnosi hier überhaupt von keinem delitto „mancato", sondern von einem delitto „frustrato" spricht.

Es bleibt also nur die Annahme übrig, dass Romagnosi in seiner dritten Auflage, mit Abänderung des Wortes „mancato" in

---

S. 24 ff., in analoger Weise den „beendigten Versuch" für die bei gewissen Delikten einzig mögliche Form des Versuchs. Nur brauchen dieselben nicht die gleiche Terminologie wie Romagnosi, sondern führen kasuistisch Beispiele, übrigens auch die Verbalinjurie, an. Man muss sich übrigens hüten, diese Einteilung in „einfache und zusammengesetzte" Verbrechen mit der in „formale und materielle" Delikte (vgl. oben S. 8 Anm. 17) zu verwechseln. Da Romagnosi von dieser letzteren nicht spricht, so nimmt er auch bei den „formalen" Delikten das „delitto frustrato" als möglich an; er betrachtet mithin „Mangel im Thatbestand" als mögliche Spezies des „fehlgeschlagenen Verbrechens", und das widerspricht auch seiner Theorie nicht, welche für das „delitto frustrato" keine schlechthin tauglichen Versuchshandlungen verlangt, den bei „formalen" Delikten einzig möglichen Fall des „beendigten Versuchs", den „untauglichen", also nicht ausschliesst. Nach dem von ihm angeführten Beispiel — einem verfehlten Pistolenschuss — allerdings zu urteilen, scheint er vorzugsweise den Normalfall des „delitto frustrato", d. h. seine Erscheinungsform bei den sog. „materiellen" Delikten im Auge gehabt zu haben.

[7]) Trattati elementari sul diritto penale delle due Sicilie, Napoli 1859, II, S. 95.

[8]) Vgl. Zachariä, a. O. II, S. 39, Anm. 1 in fine, und im Anschluss daran Berner, G. S. a. O. S. 103 und Gutachten a. O. S. 4; sie citieren offenbar nach der *Auflage von 1791*: „§ 623 ff.".

In diesem Werke [2]) widmet der Verfasser eine ausführliche Behandlung der Lehre von dem „delitto frustrato“.

Er sagt daselbst: „Non bisogna confondere il conato al delitto col delitto andato a voto, e che appellar si potrebbe un delitto frustrato“.

Was Romagnosi unter „delitto frustrato“ [3]) versteht, sagt er uns selber [4]):

„Il delitto frustrato è l'esecuzione ragionata e libera di un atto fisico esterno o semplice, o complesso, dai cui *d'ordinario* deriva un effetto ingiustamente nocivo altrui, spinta per quanto si può all' estremo, alla quale l'accidente, o sia il caso, impedisca di ottenere questo stesso effetto, ed in quanto oppunto manca per accidente di questo stesso effetto nocivo.“

Die begrifflichen Merkmale des „delitto frustrato“ sind danach also folgende:

1⁰. ein Vorsatzdelikt [5]);

2⁰. ein einfaches oder zusammengesetztes Verbrechen [6]);

---

die dritte Auflage dieses Werkes in der Ursprache, Milano 1823. Da nun aber Zachariä, a. O. S. 39 Anm. 1 und im Anschluss daran auch Berner, Gerichtssaal 1865 und Gutachten für den deutschen Juristentag v. 1876, augenscheinlich nach der ersten 1791 erschienenen Ausgabe von Romagnosi citieren, so ergiebt sich eine gewisse Misslichkeit in der Texterklärung; denn — wie aus dem folgenden hervorgehen wird — hat Romagnosi augenscheinlich in seiner 3. Aufl. gerade für unsere Lehre zum Teil nicht unerhebliche Änderungen vorgenommen. Anders lassen sich gewisse Inkongruenzen gar nicht erklären.

[2]) Bd. II § 679 ff. S. 171 ff., vgl. auch § 679 ff. Teil II S. 14 der Ludenschen Übersetzung von 1833.

[3]) Luden a. O. übersetzt „delitto frustrato“ durch „vereiteltes Verbrechen“, Berner, Ger.-Saal S. 103, mit „fehlgeschlagener Versuch“, u. Gutacht. S. 4 u. 5 bald mit „fehlgeschl. Versuch“, bald mit „fehlgeschl. Verbrechen“.

[4]) a. O. § 694.

[5]) So dürfte man wohl am treffendsten „esecuzione ragionata e libera“ wiedergeben. Wenn Luden a. O. es mit „überlegte . . . Ausführung“ übersetzt, so wäre eine derartige Übertragung, infolge der Terminologie unseres R.Str.G.B., vielleicht geeignet, falsche Vorstellungen hervorzurufen.

[6]) Um diese Ausdrücke zu verstehen, muss man auf den § 670 bei Romagnosi a. O. zurückgehen. Er versteht unter „einfachen Verbrechen“ solche, welche sich aus einer einzigen (wie z. B. die Verbalinjurie), unter „zusammengesetzten“ solche, welche sich aus mehreren, aufeinander folgenden Handlungen zusammensetzen. Einen „tentativo“ sieht er nur bei den „zusammengesetzten“ Verbrechen als begrifflich möglich an; vgl. § 671 a. O. Wenn er das „delitto frustrato“ dagegen auch bei den „einfachen“ Verbrechen als möglich ansieht, so ist das weiter nicht auffällig; erklären doch gemeinrechtliche deutsche Juristen, so z. B. Weber, N. Arch. d. Kr. R. IV, 1821,

Der Code pénal v. 1810 wollte nun das Gesetz vom 22. Prairial d. J. IV als art. 2 in seinen allgemeinen Teil aufnehmen, die besonderen Bestimmungen für assassinat und empoisonnement dagegen fallen lassen. Damit wäre zwar die Ausdehnung der Strafbarkeit der *tentative suspendue* aller crimes bestehen geblieben, dagegen eine Einengung der Strafbarkeit der *tentative* überhaupt für die Verbrechen des assassinat und des empoisonnement erfolgt, bei denen fortan — wie bei allen anderen crimes — nur die tentative suspendue strafbar gewesen wäre.

Des weiteren berichtet nun Locré[10]):

„La commission remarque qu'il se trouverait, selon elle, une lacune dans le paragraphe terminé par l'art. 304 (303 du Code)[11]), si l'on n'y place pas une disposition, relative à l'assassinat non consommé, lorsque l'attaque a eu lieu à dessein de tuer. Cette disposition existe dans l'art. 13 de la première section du titre II de la loi de 1791. Un exemple en prouve la nécessité:

Un individu a prémédité d'en tuer un autre; il lui tire un coup de pistolet et le manque; il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu; en ce cas l'addition de l'art. 13 ne paraîtra-t-elle pas indispensable? Peut-on le regarder comme compris dans l'art. 2 du présent code, relatif à la tentative? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet après un degré d'exécution beaucoup plus complet . . . . Il suit de cette observation qu'il faudrait ajouter à la fin de ce paragraphe (sc. hinter art. 304) l'art. 13 de la loi de 1791 ou mettre une addition à l'art. 2 du Code, relatif aux tentatives de crimes. Ce dernier moyen serait le plus simple.

Cette addition consisterait á mettre après les mots: „si elle n'a été suspendue", ceux-ci: „ou n'a manqué son effet".

Mit diesem Zusatz erst: „ou n'a manqué son effet" war der Widerspruch beseitigt, die Strafbarkeit der tentative in ihrem vollen Umfang nicht nur wieder für die Verbrechen des assassinat und empoisonne-

---

[10]) Législation de la France, Paris 1832, tome XXX. p. 447.

[11]) Handelte vom assassinat, resp. meurtre.

„frustrato“, auch die Worte „nel senso“ etc. gestrichen hat. Er hat uns damit selbst die Möglichkeit verschlossen, uns auf ihn für die etymologische Ableitung des Begriffes „delitto mancato“ von „délit manqué“ zu berufen [9]).

Diese Inkongruenz der Lesarten liefert natürlich noch keinen vollgültigen Beweis, dass Zachariäs und Berners Annahme einer Herkunft des „delitto frustrato“ Romagnosis von einem französischen „délit manqué“ unrichtig ist. Sie stört nur die Unbefangenheit und erregt Zweifel.

Denn da man nicht mehr etymologisch Romagnosis Begriff auf jenes französische Analogon zurückführen kann, so ist man unwillkürlich versucht, auf den Ursprung des französischen Begriffs näher einzugehen.

II. Das délit manqué.

Der Code pénal v. 1791 (art. 13, sect. 1, tit. II) strafte die tentative im weitesten Sinn bei den beiden Verbrechen des assassinat und des empoisonnement, und zwar gleich dem vollendeten Verbrechen.

Nun wollte aber ein Gesetz v. 22. Prairial des republikanischen Jahres IV diesen Grundsatz auf alle crimes ausdehnen, indem es verfügte:

„Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu“.

Das Gesetz bedachte nicht, dass es durch seine Fassung: „si elle n'a été suspendue“ die Bedingung der Strafbarkeit des Versuchs einengte, und zwar — wie wir sagen würden — auf den „unbeendigten“ Versuch.

So kam es, dass das Gesetz nur die tentative suspendue fortan bei allen crimes strafte, während — laut art. 13 des Gesetzes von 1791 — für die crimes des assassinat und des empoisonnement die ganze tentative im vollen Umfange strafbar blieb.

---

[9]) Baumgarten, „Lehre vom Versuch“, Stuttgart 1888, S. 215, Anm. 9, citiert Romagnosi nach der 3. Auflage „delitto frustrato“, ohne jedoch einer Metamorphose dieses Wortes aus ursprünglich „mancato“ und der von Zachariä und Berner an jene ursprüngliche Lesart geknüpften Voraussetzungen zu gedenken.

Der Code pénal v. 1810 wollte nun das Gesetz vom 22. Prairial d. J. IV als art. 2 in seinen allgemeinen Teil aufnehmen, die besonderen Bestimmungen für assassinat und empoisonnement dagegen fallen lassen. Damit wäre zwar die Ausdehnung der Strafbarkeit der *tentative suspendue* aller crimes bestehen geblieben, dagegen eine Einengung der Strafbarkeit der *tentative* überhaupt für die Verbrechen des assassinat und des empoisonnement erfolgt, bei denen fortan — wie bei allen anderen crimes — nur die tentative suspendue strafbar gewesen wäre.

Des weiteren berichtet nun Locré[10]):

„La commission remarque qu'il se trouverait, selon elle, une lacune dans le paragraphe terminé par l'art. 304 (303 du Code)[11]), si l'on n'y place pas une disposition, relative à l'assassinat non consommé, lorsque l'attaque a eu lieu à dessein de tuer. Cette disposition existe dans l'art. 13 de la première section du titre II de la loi de 1791. Un exemple en prouve la nécessité:

Un individu a prémédité d'en tuer un autre; il lui tire un coup de pistolet et le manque; il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu; en ce cas l'addition de l'art. 13 ne paraîtra-t-elle pas indispensable? Peut-on le regarder comme compris dans l'art. 2 du présent code, relatif à la tentative? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet après un degré d'exécution beaucoup plus complet . . . . Il suit de cette observation qu'il faudrait ajouter à la fin de ce paragraphe (sc. hinter art. 304) l'art. 13 de la loi de 1791 ou mettre une addition à l'art. 2 du Code, relatif aux tentatives de crimes. Ce dernier moyen serait le plus simple.

Cette addition consisterait á mettre après les mots: „si elle n'a été suspendue", ceux-ci: „ou n'a manqué son effet".

Mit diesem Zusatz erst: „ou n'a manqué son effet" war der Widerspruch beseitigt, die Strafbarkeit der tentative in ihrem vollen Umfang nicht nur wieder für die Verbrechen des assassinat und empoisonne-

[10]) Législation de la France, Paris 1832, tome XXX. p. 447.

[11]) Handelte vom assassinat, resp. meurtre.

ment, sondern fortan für alle crimes zum Prinzip erhoben. Erst jetzt war eine Reform auf der ganzen Linie durchgeführt.

Es ist also aus Locrés Bericht mit Sicherheit zu ersehen, dass die tentative manquée in den art. 2 des Code erst gekommen ist, weil man plötzlich auf die Lücke aufmerksam wurde, die seine ursprüngliche Fassung liess. Die tentative manquée war ein Notbehelf, um die Ungerechtigkeit zu vermeiden, welche in einer Beschränkung der Strafbarkeit der tentative auf den Fall der tentative suspendue gelegen hätte.

Ein *délit* manqué also wohlgemerkt kommt im art. 2 des Code pénal von 1810 noch nicht vor, sondern nur eine *tentative* manquée.

Das délit manqué erwächst nun aus der 1810 neugeschaffenen tentative manquée. Dies bestätigt die nun folgende Entwickelung, welche übrigens Berner selbst als der Erste[12]) richtig erkannt hat.

Bei der nunmehrigen Redaktion des art. 2 des Code pénal waren die strafbaren Fälle der tentative erschöpfend behandelt.

Zugleich aber stand der Möglichkeit nichts im Wege, diejenigen Fälle des beendigten Versuchs, wo thätige Reue den Erfolg abgewendet hatte, in dem System und der Terminologie des art. 2 unterzubringen.

Offenbar fielen sie unter die tentative manquée.

Nun lässt sich aber nicht verkennen, dass das Wort „manquée" zu Missverständnissen reichlichste Gelegenheit bot.

Im gewöhnlichen Sinne des Wortes kann man nur von „verfehlen" sprechen, wenn ein Unternehmen wider den Willen des Unternehmers fehlgeschlagen ist.

Einen Versuch auch „verfehlt" zu nennen, wenn der Erfolg durch die eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet wurde, das erscheint zum mindesten als sehr „verfehlt".

Man darf sich daher nicht wundern, dass die französischen Kriminalisten und Kommentatoren des Code in diese Falle gingen.

Der Beigeschmack, den das Wort hatte, wurde ihnen zum Essentiale des Begriffs. Sie forderten für die zweite Stufe der tentative im art. 2, dass bei ihr der Erfolg nur durch vom Willen des Thäters unabhängige, ja rein zufällige Umstände vereitelt worden wäre, m. a. W. sie setzten zum Vorliegen dieser zweiten Stufe die Unmöglichkeit des Waltens von „thätiger Reue" voraus und nannten den so missverständlich gewonnenen Begriff: „délit manqué".

Zeugnisse dieser Entwickelung finden wir bei Chauveau und

---

[12]) Gerichtssaal a. O. S. 104 ff.

Hélie [13]), bei Haus [14]), bei Rossi [15]) und schliesslich bei Ortolan [16]). Sie beweisen sämtlich, dass sich erst allmählich aus der zweiten Stufe der tentative des art. 2 des Code pénal das sog. délit manqué entwickelt hat.

III. Verhältnis des delitto frustrato Romagnosis zum délit manqué.

Wir haben die Geschichte des délit manqué in Frankreich vor der Hand weit genug geführt und legen uns nun von neuem die Frage vor: Ist es — ganz abgesehen von den möglicherweise aus der Inkongruenz der Lesarten gewinnbaren Schlüssen — möglich, dass Romagnosi 1791 sein delitto frustrato einem französischen délit manqué entlehnt habe?

Und da wird man wohl einräumen müssen, dass zu einer solchen Annahme schwerlich Raum bleibt.

Hat schon die Erzählung Locrés von der Einreihung eines Begriffs, wie der tentative manquée, in den art. 2 des Code pénal i. J. 1810 das Unwillkürliche, Ursprüngliche, ja fast Zufällige seiner Entstehung dargethan, so muss vollends die weitere Entwickelungsgeschichte, welche zeigt, wie sich erst allmählich und missverständlich aus dieser zweiten Stufe der tentative das sog. délit manqué gebildet hat, die früher geäusserten Zweifel zur Gewissheit werden lassen [17]) [18]). Wenn man sich

[13]) Théorie du Code pénal, Bruxelles 1845, I, ch. 10, No. 576.

[14]) Observations sur le projet de révision, I. p. 68.

[15]) Traité de droit pénal, Paris 1863, II, chap. 28 in fine und chap. 33. Er macht es sogar schon dem Code pénal zum Vorwurf, de ce qu'il „a réuni dans le même article et sous le même nom deux actes essentiellement distincts". „C'est confondre la tentative avec le délit manqué" (a. O. S. 150). So weit war also die Verwirrung fortgeschritten. Unzutreffend Baumgarten, a. O. S. 164 ff., der aus dieser Stelle Rossis Berner widerlegen will. Er ist offenbar der Entwickelung gar nicht gefolgt.

[16]) Eléments de droit pénal, Paris 1870, I. No. 990. Hier finden wir allerdings die Termini: tentative inachevée und achevée; doch verdirbt Ortolan alles wieder dadurch, dass er die letzte Stufe dem délit manqué gleichstellt.

[17]) Für die Geschichte des délit manqué darf sich der Verfasser auf Berners eigene Forschungen stützen.

[18]) Um übrigens noch einmal auf die von Zachariä und Berner a. O. angeführte Lesart Romagnosis in dessen erster Auflage 1791 zurückzukommen (wo sich dieselbe offenbar finden muss), so sei hierüber soviel bemerkt: Auch diese andere Lesart zwingt uns nicht unbedingt zu der Annahme, dass Romagnosi seinen Begriff aus Frankreich entlehnt habe. Die Worte, die Zachariä und Berner citieren, „mancato nel senso della parola manqué dei Francesi" brauchten Romagnosi nur dazu zu dienen, seinen neuen Begriff, den er mit dem im Italienischen vielleicht ungebräuchlichen

nun aber, auf Grund dieses Entwickelungsganges, zu der Annahme entschliessen könnte, Romagnosi habe den Begriff des delitto frustrato nicht von den Franzosen entlehnt, so erscheint doch auch die von Mittermaier[19]) aufgestellte Behauptung, der Begriff des délit manqué sei italienischen Ursprunges, in keiner Weise begründet.

Das délit manqué ist in der oben geschilderten Art auf rein französischem Boden erwachsen, wie das delitto frustrato auf rein italienischem[20]).

IV. Delitto frustrato und tentativo, délit manqué und tentative.

Es entsteht nun die Frage, ob Romagnosi das sog. delitto frustrato noch zum conato (tentativo) rechnet oder nicht.

Berner[21]) meint darüber; „Romagnosi will das delitto mancato angesehen wissen come un delitto consummato. Übrigens ist damit doch immer nur eine Gleichstellung in der Strafbarkeit gemeint, und es ist nicht richtig, wenn man annimmt, dass den Italienern und Franzosen der beendigte Versuch nicht mehr unter den Begriff des Versuchs falle. Sie nennen ihn nur nicht mehr tentativo oder tentative im engeren Sinn. Sie kennen zwei Arten des Versuchs: tentativo (tentative) und delitto mancato (délit manqué). Der Ausdruck tentative wird aber auch im weiteren Sinn gebraucht für beide Arten des Ver-

---

Worte „mancato" qualificierte, durch das etymologisch verwandte französische Wort „manqué" zu erklären. Jedenfalls war doch Romagnosis Begriff in Italien neu, und er musste einen technischen Ausdruck dafür finden. Er fand offenbar keinen anderen als ein mindestens ungebräuchliches Wort, das er sich zu erläutern für verpflichtet hielt. Diese Vermutung gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man im weiteren Verlauf sieht, dass Romagnosi in der dritten Auflage das Wort „mancato" durch „frustrato" ersetzt hat. Dies Wort schien ihm dem Sprachgebrauch entsprechender zu sein, ohne doch der Klarheit etwas zu vergeben. Jede wissenschaftliche Terminologie hat, wenn sie national sein will, mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Es sei übrigens darauf hingewiesen, dass die Ludensche Übersetzung bereits nach der dritten Auflage Romagnosis gearbeitet ist, und dass ihre §§-Zahlen sich mit denen der letzteren, nicht aber der von Zachariä und Berner benutzten, decken.

[19]) N. Arch. f. Kriminalrecht IV. S. 1 ff.

[20]) Wenn übrigens die späteren Italiener i. d. R. von delitto mancato sprechen, so thun sie das entweder, wie Zachariä und Berner, im Anschluss an die frühere Lesart Romagnosis, oder sie, die Epigonen, haben den Namen den Franzosen entlehnt. Doch hat auch z. B. Carrara, lezioni sulla forza etc. S. 99 in fine den Ausdruck „delitto frustrato".

[21]) Gerichtssaal, 1865. XVII. S. 103.

suchs. Ebenso bezeichnen die Italiener sowohl das tentativo als das delitto mancato mit conato."

Wenn wir einen Augenblick die späteren Italiener und die Franzosen ganz bei Seite lassen und uns auf Romagnosi beschränken, so muss man entgegnen, dass Berners Ansicht, Romagnosi wolle das delitto frustrato nur hinsichtlich der Strafbarkeit einem delitto consummato gleichstellen, doch wohl im Widerspruch mit dem § 681 des Romagnosi steht, der in der Ludenschen Übersetzung lautet: „Man merke wohl: ich sage nicht, dass es (sc. das delitto frustrato) wie eine Handlung gestraft werden müsse, die ihren vollen Erfolg gehabt hat" etc. Also gerade hinsichtlich der Strafbarkeit will Romagnosi das delitto frustrato nicht dem vollendeten Verbrechen gleich behandelt wissen. Nein, gerade begrifflich trennt er das delitto frustrato sehr scharf von dem tentativo. Das empfinden wir schon, wenn er den Herrschaftsbereich des tentativo konfiniert[22]: „Egli (sc. il tentativo) incomincia dal primo atto con cui si pone mano ad effettuarlo, e si arresta, dirò cosi, al *l'orlo* dell' ultimo atto che dà compimento al delitto."

„Orlo" bedeutet „Rand" oder „Saum". Daher endet, nach Romagnosi, der „tentativo", am Saume der letzten Handlung, welche das Verbrechen beendigen würde, m. a. W. der tentativo ist identisch mit unserem „unbeendigten" Versuch.

Mithin handelt Romagnosi nur konsequent, wenn er sich[23] dagegen sträubt, das delitto frustrato noch unter den tentativo zu bringen.

Aber auch die späteren Italiener, als deren Hauptvertreter hier Carrara hervorgehoben sein mag, haben an dieser Taktik Romagnosis nichts geändert. Auch Carrara definiert den „tentativo" als „unbeendigten" Versuch und ist weit davon entfernt, das delitto mancato als Species des tentativo aufzufassen[24].

Die Folge dieser Terminologie ist, dass weder Romagnosi, noch die neueren Italiener eine Unterkunft für diejenigen Fälle des beendigten Versuchs haben, wo der Eintritt des Erfolges durch eigene Thätigkeit des Verbrechers verhindert wurde.

Diese Fälle gehören nicht zum „tentativo": denn dieser ist unserem

---

[22]) a. O. § 666 Abs. 2.

[23]) a. O. § 679.

[24]) Vgl. z. B. Carrara, lezioni sulla forza fisca a. O. S. 100, wo er meint: „il delitto mancato imperfetto ritorna ad essere un *semplice tentativo*"; vgl. auch das Str.G.B. f. d. Kanton Tessin v. 1873, art. 54, § 1 u. 2.

„unbeendigten“ Versuch äquivalent; sie fallen aber auch nicht unter das delitto mancato (frustrato): denn dieses setzt voraus, dass der Erfolg durch einen vom Willen des Thäters unabhängigen Umstand vereitelt wurde[25]).

Das Gleiche gilt zwar nicht von der tentative des art. 2 des Code pénal, wohl aber von der tentative der späteren französischen Zeit.

Die tentative manquée hatte man zum délit manqué verengt und ihr die Fälle, wo beim beendigten Versuch der Erfolg durch thätige Reue abgewendet wurde, entzogen. Das war zwar ein arges Missverständnis, wäre aber nicht so schlimm gewesen; denn es wäre schliesslich für jene — wenn der Ausdruck gestattet ist — herrenlos gewordenen Eventualitäten des beendigten Versuchs noch eine Unterkunft in dem grossen Sammelbecken der tentative übrig geblieben.

Diese Unterkunft schnitt man indessen jenen Fällen auch noch ab, indem man die tentative zum Begriff des „unbeendigten“ Versuchs verengte.

Das beweisen zahlreiche Belegstellen der bereits oben citierten französischen Kriminalisten[26]).

Die französische tentative ward also auf ein um nichts grösseres Gebiet beschränkt als der italienische tentativo, und es ergab sich nun folgende Verschrobenheit der Lage, die Berner[27]) sehr richtig charakterisiert: „Danach wird nun ein Versuch, bei dem der beendigende Konsummationsakt stattgefunden hat, im Falle der eigenen Verhinderung des Erfolges zu einem unbeendigten Versuch, im Falle des Fehlschlagens zu einem beendigten Versuch.“

---

[25]) Vgl. oben S. 12, Begriffsmerkmal sub No. 4 des delitto frustrato. ebenso den von Carrara angeführten art. 46 d. toskanischen Str. G.B.: „Se . . . il successo . . . non è avvenuto per cause indipendenti dalla volontà . . . dell' agente medesimo, il tentativo trapessa in delitto mancato“. Vgl. auch Codice penale für den Kanton Ticino, prom. 3 febbr. 1873, art. 54, § 1 und 2.

[26]) Haus, a. O. I. p. 68; Rossi, a. O. II. 29: „La véritable tentative se reconnaît à deux caractères essentiels: 1°. un commencement d'exécution. 2°. une exécution commencée qui cependant puisse encore être suspendue ou interrompue même par la volonté de l'auteur de la tentative“. Das geht auch aus sämtlichen romanischen Kodifikationen hervor; vgl. den spanischen Codigo penal v. 1871 u. 1876, art. 3 und den Entwurf v. 1885. art. 19, 20 und 21, die Strafgesetzbücher von Chile, art. 7 ff., Peru, 1862, art. 3 und 5, Portugal, 1884, art. 100, welche sämtlich zwischen delito frustrado und tentativa (unbeendigtem Versuch) scharf unterscheiden.

[27]) G. S. a. O. XVII. S. 107.

In der That besteht dieser Zustand in Frankreich noch heute;[28]) in Italien scheint der Codice penale v. 30. Juni 1889 einer besseren Erkenntnis Raum gegeben zu haben; denn er vereinigt unter der gemeinsamen Bezeichnung: „tentativo“ in den art. 61 und 62 die beiden strafbaren Fälle des Versuchs; der Name: „delitto mancato“ ist gänzlich weggefallen.

V. Verhältnis des delitto frustrato (mancato) und des délit manqué zum delictum perfectum.

Betrachtet man schliesslich das Verhältnis des delitto frustrato und des délit manqué zu Menochs Begriff, so darf man wohl sagen, dass sie sowohl geschichtlich, als auch systematisch vollkommen unabhängig von diesem sind.

Ihre geschichtliche Selbständigkeit beweist die oben gegebene Schilderung ihrer geschichtlichen Entwickelung wohl zur Genüge.

Aber auch systematisch unterscheiden sie sich wesentlich von dem delictum perfectum.

Was die Bedeutung der romanischen Begriffe für unsere Lehre nämlich gerade ausmacht, ist, dass sie der Einteilung des Versuchs das neue Prinzip zu Grunde legen, welchem es bestimmt war, noch heute als das einzig herrschaftsberechtigte anerkannt zu werden: jene fremden Begriffe bringen die Einteilung in „unbeendigten“ und „beendigten“ Versuch zum Durchbruch.

Nun hätte diesem Prinzipe sicherlich auch durch eine blosse Fortbildung der Menochschen Einteilung zum Siege verholfen werden können, vielleicht wäre es auch in Deutschland ohne fremde Hülfe dazu gekommen, nachdem erst einmal Klein das delictum perfectum vom conatus proximus getrennt hatte. Doch diese Entwickelung war uns nicht bestimmt. Ganz unabhängig von Menoch ward auf italienischem und französischem Boden rein aus aprioristischen Erwägungen heraus das neue System geboren, und erst in Anlehnung an die fremde Lehre hat man sich in Deutschland von der veralteten Zwei- (conatus remotus einerseits und conatus proximus mit dem

---

[28]) So auch wieder der Stooss'sche Entwurf eines Schweizer Strafgesetzbuchs, Basel-Genf, 1894, art. 14: La peine sera atténuée en cas de tentative (unbeendigter Versuch). Elle pourra l'être lorsque l'auteur aura commis le délit sans produire de résultat (beendigter Versuch).

delictum perfectum andererseits), resp. Dreiteilung (conatus remotus, conatus proximus, delictum perfectum) emanzipiert.

Hier liegt also vor allem der grosse systematische und entwickelungsgeschichtliche Fortschritt, den das delitto frustrato und das délit manqué gegenüber dem delictum perfectum markieren.

Dazu kommen noch rein dogmatische Differenzen:

1°. Die Ausdrücke „delitto frustrato" und „délit manqué" sind enger als der: „delictum perfectum". Die beiden modernen Begriffe setzen voraus, dass der Moment, welcher über Erfolg oder Misserfolg entscheidet, bereits vorüber ist, während das delictum perfectum („beendigter Versuch" im eigentlichen Sinn) überhaupt von dem Eintritt oder Nichteintritt dieses kritischen Moments abstrahiert.

Das delictum perfectum ist infolgedessen weiter als das delitto frustrato und das délit manqué, denn es schliesst in sich noch dasjenige Stadium des beendigten Versuchs, wo thätige Reue möglich war.

Nur die Nichtbeachtung dieser Nuance konnte bewirken, dass man den an sich harmlosen Unterschied des delictum perfectum von dem délit manqué für einen gefährlichen ansah.

2°. An die Stelle des etwas unbestimmten Erfordernisses, dass der Thäter „quantum in se fuit" das Verbrechen beendet habe, hat Romagnosi eine ganz bestimmte Theorie gesetzt. Er verlangt, dass der Thäter alles das gethan habe, was nach menschlicher Berechnung (d'ordinario) ausreichend war, den Erfolg herbeizuführen [29]).

Dieser durchaus gemässigte Objektivismus Romagnosis wird aber bald verdrängt durch den radikalen eines Carrara. Für diesen liegt gerade das Kriterium des delitto mancato darin, dass der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war. Er verwirft ausdrücklich jede andere Lehre [30]).

---

[29]) Damit ist Romagnosi Vater der Theorie von der sog. „potentiellen Kausalität" (Ludwig Cohn, vgl. unten S. 43 ff.) oder „nachträglichen Prognose" (so v. Liszt) geworden, denn er will die Frage, ob die verbrecherische Thätigkeit zur Herbeiführung des Erfolges genügte, objektiv beurteilt wissen nach der Erfahrung, „welche lehrt, dass, wenn der Mensch dieselben Handlungen und dieselben Verhältnisse erneuert, nach den beständigen und bekannten Gesetzen der Natur derselbe Erfolg hervorgebracht werden wird". Vgl. a. O. § 684.

[30]) Carrara, lezioni sulla forza fisca del delitto, Lucca 1863 (Conato), S. 97 ff. Wenn Romagnosi Vereitelung des Erfolges durch einen „Zufall" (vgl. oben, Erfordernis sub no. 4, S. 12) verlangt hatte, so musste man das Wort „Zufall" cum grano salis verstehen, da er ja keine generell tauglichen Versuchshandlungen verlangt; Carrara ist es aber damit Ernst.

Diese Ansicht Carraras ist in Italien herrschend geworden[31]; wir finden sie in dem Strafgesetzbuch von 1889 kodifiziert[32].

Und eine ähnliche Entwickelung finden wir in Frankreich. Die französischen Kriminalisten[33] setzen beim délit manqué schlechthin taugliche Handlungsweise voraus und schliessen damit jedenfalls die sog. formalen Delikte von dem Bereich des délit manqué aus[34], was sie auch ausdrücklich zugeben.

Wenn man das Facit besonders der französischen Entwickelung ziehen will, so braucht man nur eines der Schweizer Kantongesetzbücher heranzuziehen, welche alle einen Niederschlag dieser Entwickelung bilden. Als Beispiel sei angeführt der Code pénal p. l. canton de Fribourg, prom. le 20 sept. 1873, art. 36:

„Il y a *crime manqué*, lorsque le but criminel n'a pas été atteint, ce par des circonstances indépendantes de la volonté du coupable, bien que celui-ci ait fait tout ce qu'il était dans son pouvoir de faire *et qu'il ne puisse plus désister*." Die Unmöglichkeit des Waltens thätiger Reue ist also hier Begriffserforderniss. Ein Gesetzgeber aber, welcher in dieser Weise das zufällige Zusammentreffen äusserlicher Erscheinungen zur Grundlage strafrechtlicher Behandlung macht, handelt wie ein schlechter Arzt, der nur auf Symptome hin kuriert.

---

[31]) Die subjektive Theorie wird z. B. von Roberti, Corso III, B. 280 und Note 28, vertreten, d. h. er nimmt delitto mancato an, wenn der Thäter alles gethan habe, was er zur Herbeiführung des Erfolges für nötig hielt, dieser aber dennoch nicht eingetreten ist; eine Ansicht übrigens, welche nicht — wie Baumgarten a. O. S. 215 ff. annimmt — im Entwurf Vegliani 1874 art. 72 ihre legislative Formulierung erhalten hat. Dieser lautet nämlich: „Chiunque a compiuto per sua parte tutti gli atti necessarii" etc. Die Hinzufügung der Worte „per sua parte" ändert nichts an dem Objektivismus der Definition, wenn sie denselben auch anscheinend etwas modificiert. Eine mittlere Ansicht vertritt übrigens Pessina a. O.

[32]) art. 61 und 62 dieses Gesetzbuches.

[33]) Vgl. Haus a. O. I. p. 68, welcher als Beispiele für Delikte, welche das délit manqué zulassen, l'homicide, l'avortement, l'infanticide nennt. Ebenso Rossi a. O., welcher den „untauglichen" Versuch „tentative vaine" nennt, was, bei seiner scharfen Trennung von tentative und délit manqué, soviel heissen will, dass er ihn zum „unbeendigten" Versuch rechnet.

[34]) Dass die „formalen" Delikte ihrer Natur nach absolut nicht vom Bereich des beendigten Versuchs ausgeschlossen zu werden brauchen, das wird im dogmatischen Teil erörtert werden. Vgl. unten S. 56.

C. Der beendigte Versuch, ein Produkt des delictum perfectum und des delit manqué.

I. Weiterentwickelung des delictum perfectum in seiner Reinheit.

Wir sind den Ereignissen vorausgeeilt, um die Entwickelung der ausländischen Begriffe zu Ende zu führen.

Ihre Vermischung mit dem delictum perfectum erfolgt aber bereits, noch ehe sie sich selbst vollkommen ausbilden konnten.

Dann und wann werfen indessen die Schicksale, welche das délit manqué in Frankreich, resp. in Italien durchzumachen hat, ihre Schatten auf die deutsche Entwickelung, und eine oft kaum merkliche, aber immer vorhandene Wechselwirkung kann konstatiert werden.

Auf deutschem Boden erwächst uns der Name. Klein hatte also zuerst einen vom conatus proximus unterschiedlichen Terminus für den beendigten Versuch in Deutschland eingeführt. Zwar waren einige Kriminalisten, so Kleinschrod [1]) und Tittmann [2]), wieder in die alte verwirrende Ausdrucksweise zurückgefallen, doch die meisten hielten daran fest.

War nun auch Kleins Benennung: delictum perfectum im Vergleich zu der vorhergehenden: conatus proximus ein Fortschritt gewesen, so war sie doch weit davon entfernt, vollkommene Klarheit zu bieten. Der Terminus: delictum perfectum stellte wieder andere Fallen, denen Kleins Systematik (vgl. oben) zum Opfer gefallen war. Man bestrebte sich daher, eine noch klarere Ausdrucksweise zu finden [3]).

Schon Feuerbach [4]) stellt den Namen „geendigte Unternehmung" als den geeigneten hin. Damit ist denn der Begriff des delictum perfectum wieder dem Bereiche des Versuchs überwiesen.

---

[1]) Systematische Entwickelungen I. S. 63.

[2]) Handb. d. Strafrechtswissenschaft I. § 108.

[3]) Darüber berichten Chauveau und Hélie, a. O. no. 576: „Quelques criminalistes allemands désignent le délit manqué" — was übrigens falsch und nur aus dem Missverständniss zu erklären ist, dass die Franzosen das délit manqué für einen den deutschen beendigten Versuch erschöpfenden Begriff ansehen — „par les mots: *délit achevé*, (geendigtes Verbrechen, delictum perfectum) en opposition avec *délit consommé* (vollendetes oder vollbrachtes Verbrechen). Mittermaier et Bauer ont critiqué ces dénominations, qui sont en effet impropres. Dans les nouveaux codes d'Allemagne le délit manqué est désigné par les mots: geendigter ou beendigter Versuch (tentative achevée)".

[4]) Lehrb. d. peinl. Rechts, § 43.

Den letzten Schritt endlich thut offenbar Schröter[5]), indem er das Wort „Unternehmung" durch „Versuch" ersetzt.

Nach diesen Bemerkungen über den Namen unseres Begriffs sei es gestattet, auf ihn selbst einzugehen.

Eine Zeitlang fliessen die Ströme des delictum perfectum und des délit manqué nebeneinander her, ohne sich zu vermischen; ohne Bild gesprochen: Autoren und Gesetzgebung kennen wohl die ausländische Rechtsbildung, räumen derselben aber noch keinen Einfluss auf die deutsche ein.

Das hat seine Licht- und Schattenseiten. Denn einmal wird allerdings dem deutschen Recht Zeit gelassen, sich aus sich heraus zu entwickeln, und es davor bewahrt, die mit der fremden Lehre notwendig folgenden Fehler einzusaugen, andererseits wird die Emanzipierung von der veralteten Einteilung: conatus remotus, conatus proximus und delictum perfectum verzögert, denn die derselben innewohnende Unlogik veranlasst gerade die bedeutendsten Kriminalisten, leider nicht, mit derselben zu brechen, sondern alle Schuld auf den neuen Eindringling, auf das delictum perfectum, zu schieben und das einzige Heil in dessen Verwerfung zu erblicken.

Nur so können wir es uns erklären, dass ein Kriminalist wie Mittermaier[6]) die Stufe des delictum perfectum bedingungslos verwirft. Er spricht ihr in der That nur eine quantitative Bedeutung innerhalb der Skala: conatus remotus, conatus proximus und delictum perfectum zu und will sie auch in dieser untergeordneten Stellung nicht dulden, da das delictum perfectum „zugestandener Massen", so behauptet er, nur bei materiellen Delikten vorkomme und daher keine prinzipale Stufe des Versuchs sein könne.

Bei anderen Kriminalisten jener Epoche finden wir gemässigtere Ansichten. Feuerbach[7]) besonders hat nur Bedenken gegen eine ge-

---

[5]) Handb. d. peinl. Rechts, Leipzig 1818, § 84, Note 2.

[6]) So N. Arch. d. Crim. R. IV, 1821, S. 1 ff.; ders. Noten zu Feuerbach. 14. Ausg. dieses Lehrbuchs, Giessen 1847, S. 78 ff., besond. Note 1; ferner Kleinschrod, Grundbegriffe des peinl. Rechts, § 38 ff., Erlangen 1799, und Tittmann, Handb. d. Strafrechtswissenschaft, I, § 108; vgl. auch Grolmann, Grundsätze der Kriminalwissenschaft, § 31. Ebenso übrigens Henke, Handb. d. Kriminalrechts, Berlin und Stettin, 1823, S. 263.

[7]) Lehrb. d. peinl. Rechts, § 43. Ebenso Weber, N. Arch. d. Crim. R. IV, 1821, S. 24 ff. und auch Heffter, Lehrb. d. gem. deutsch. Strafrechts, 6. Aufl., Braunschweig 1857, letzterer mit gänzlich veralteter Terminologie.

setzliche Aufnahme der „geendigten Unternehmung" — wie er es nennt —, giebt aber die Nützlichkeit dieser Stufe für die Wissenschaft zu.

Konsequent dieser Ansicht hat denn auch Feuerbach den beendigten Versuch in das von ihm herrührende bayrische Str.G.B. v. 6. Mai 1813 formell nicht aufgenommen. Wenn wir nichtsdestoweniger im art. 61 dieses Gesetzbuchs eine fast mustergültige moderne Definition des beendigten Versuchs finden, so erscheint das um so wunderbarer[8]).

Wo nun aber wirklich Gesetzgebung und Doktrin jener Zeit dem Begriff des beendigten Versuchs näherzutreten wagen, sehen wir das Erfordernis der alten gemeinrechtlichen Kriminalisten, dass der Thäter „quantum in se fuit" die verbrecherische Handlung beendigt habe in radikal objektivistischen Formeln wiederkehren[9]).

Eine Ausnahme finden wir nur bei Weber[10]), welcher unwissentlich Romagnosis Theorie wieder aufgenommen hat. Er hat Bedenken gegen die Forderung „vollkommen tauglicher Versuchshandlungen" und verlangt daher vom Thäter nur eine Handlungsweise, „die in der Regel oder nach dem gewöhnlichen natürlichen Gange der Dinge auch eine Wirkung gehabt hätte".

---

[8]) „Gleiche Grundsätze gelten, wenn bei Verbrechen, zu deren vollständigem Begriffe der Erfolg einer bestimmten Wirkung gehört, die Haupthandlung selbst vollkommen geendiget, aber die erforderliche Wirkung aus zufälligen Ursachen vereitelt worden ist". Die Worte „zufällige Ursachen" und „zu deren vollständigem Begriffe" u. s. w. sollen untaugliche Versuchshandlungen und formale Delikte ausschliesen, ein Verfahren, was bei der glücklich getroffenen Ausdrucksweise des Str.G.B. „vollkommen geendigte Haupthandlung" unnötig ist und schädlich wirkt. An das bayrische Str.G.B. schliesst sich das Oldenburger v. 10. Sept. 1814 art. 49 wörtlich an. Vgl. ferner Hufnagel, Komment. z. württemb. Str.G.B., Stuttgart 1839, I, S. 129 ff. zu art. 64, wo wir auch über das bayr. Str.G.B. interessante Aufschlüsse finden. So citiert er eine Stelle aus den Anmerkungen z. bayr. Str.G.B. I. S. 179, denen wir die absonderliche Ansicht — die übrigens auch Mittermaier vertritt — entnehmen, dass die ganze Einteilung in unbeendigten und beendigten Versuch überflüssig werde, wenn man nur strikt an der Scheidung der Delikte in formale und materielle festhalte. Der bayr. Entwurf v. 1831 nahm übrigens das delictum perfectum im art. 50 auf, während schliesslich das bayr. Str.G.B. v. 1861 art. 47 wieder auf jede Gradation des Versuchs verzichtet.

[9]) Ob dieses plötzlich auftauchende Verlangen nach vollkommen tauglichen Versuchshandlungen auf französischen Einfluss zurückzuführen ist, muss dahingestellt bleiben.

[10]) a. O. S. 24 ff.

Schliesslich aber kam 1840 auf deutscher Grundlage eine Verständigung zu Stande[17]).

II. Allmähliche Beeinflussung durch das délit manqué.

Wenn es gestattet ist, das schon oben gebrauchte Bild zweier zusammenfliessender Ströme für unsere Entwickelung beizubehalten, so dürfen wir es auch wagen, im weiteren Verfolge einen jener Naturerscheinung analogen Verlauf zu konstatieren.

Dem Stadium des unvermischten Neben-einander-Herlaufens folgt ein Stadium teilweiser, undeutlicher Vermischung, wo sich das Wasser des Hauptstromes (delictum perfectum) gemäss der Farbe des Nebenflusses (délit manqué) zu schattieren beginnt.

In diesem Tone etwa gehalten ist das Str.G.B. f. d. Herz. Nassau v. 14. April 1849 art. 64 in fine und art. 65. Diese bilden eine fast wörtliche Reproduktion der entsprechenden art. 68 und 69 des hessischen Str.G.B. Allein es fehlen in dem nassauischen Str.G.B. jene Worte des hessischen, welche die alte Einteilung in entfernten, nächsten und beendigten Versuch enthalten, so dass nur die Einteilung in unbeendigten und beendigten Versuch bleibt. Ob diese Erscheinung auf fremden Einfluss zurückzuführen ist, kann man allerdings nicht mit Bestimmtheit behaupten, doch liegt diese Vermutung nahe.

Ähnlich steht es mit dem Kriminalgesetzbuch für das Herz. Braunschweig vom 10. Juli 1840 art. 36 und 69 und dem Kriminalgesetzbuch f. d. Königr. Hannover v. 8. August 1840 art. 33 und 34 no. 3.

Deutlich entgegen tritt uns aber bereits der fremde Einfluss in dem Str.G.B. f. d. Grossherzogt. Baden v. 6. März 1845, § 107, 117 und 118. Die Definition des beendigten Versuchs im § 107 ist sogar dieselbe wie die des delitto mancato in den modernen italienischen Kodifikationen; doch ist glücklicherweise der Fehler vermieden, welchen eine derartige Fassung der zweiten Versuchsstufe mit sich zu bringen pflegt; denn 1°. der Name „beendigter Versuch" ist beibehalten, und dieser schliesst nicht schon präjudiziell, wie der Name: delitto mancato, das Stadium des beendigten Versuchs, wo noch thätige Reue möglich ist, aus; 2°. sodann ist aber noch einmal

[17]) *Vgl.* darüber Stenglein, deutsche Str.G.B., Einleitung z. hess. Str.G.B.

(sc. dem Thäter) zur u. s. w. erforderlich schien" zu setzen. Da aber die Abstimmung in der Kammer die Ablehnung dieses Antrags ergab, so glaubte die Regierung, aus eigener Initiative eine solche Änderung nicht vornehmen zu können, da sie über den Bereich einer rein redaktionellen Korrektur herausginge. Nun kam aber bald nach Verkündigung des Gesetzbuches ein Fall vor, welcher den in der Abgeordneten-Kammer geäusserten Bedenken Recht zu geben schien. Es hatte jemand nämlich einem anderen eine schwere Wunde beigebracht, welche bei nur wenig veränderter Richtung den Tod herbeigeführt haben würde. Offenbar lag hier, wenn man sich strikt an das Gesetz gehalten hätte, kein beendigter Versuch vor. Nichtsdestoweniger nahm der Kriminalsenat zu Esslingen einen solchen an, „da man das Gesetz nicht buchstäblich interpretieren dürfe".

Man lernt übrigens aus dieser Entscheidung, zu welchen Unzuträglichkeiten in der Praxis eine rein objektive Formulierung führt[15]).

Der ursprünglich deutsche Charakter der Versuchsbestimmungen des württembergischen Str.G.B. erhellt vor allem negativ aus den Änderungen, welche das Gesetz v. 13. August 1849 im französischen Sinne vorgenommen hat[16]).

Das andere auf deutschem Recht beruhende Gesetzbuch ist das Str.G.B. f. d. Grossherzogt. Hessen v. 17. Sept. 1841, art. 68 in fine.

Dieser Artikel zeigt die alte gemeinrechtliche Einteilung in entfernten, nächsten und beendeten Versuch, steht also ganz auf deutscher Grundlage. Dies erklärt sich aus dem Widerwillen gegen das französische Recht, welches man zur Zeit der Fremdherrschaft versucht hatte den Hessen aufzudrängen.

Indessen trotz dieser ursprünglich deutschen Gesinnung hatte der von Mittermaier revidierte Regierungsentwurf 1832/33 so wenig Beifall gefunden, dass sich der Landtag für die Einführung einer Revision des französischen Gesetzbuches aussprach.

---

[15]) Hufnagel a. O. findet dies Verfahren ganz in der Ordnung, er behauptet sogar, es hätte gar keine materielle Änderung darin gelegen, wenn man die Worte „nötig war" in „für nötig hielt" abgeändert hätte. Er meint, dass mutatis mutandis auch eine subjektive Fassung nicht wörtlich zu nehmen sei, da sonst „untauglicher Versuch zum beendigten Versuch gerechnet werden müsse". Er schliesst a. O. S. 133: „Der Begriff des beendigten Versuchs ist danach kein absoluter, nicht nach den Worten des Gesetzgebers, sondern nach dem konkreten Falle zu beurteilen."

[16]) Vgl. unten S. 32.

Daraus ergiebt sich ein Überwiegen des Gefährlichkeitsmomentes über das Schuldmoment; denn die sog. thätige Reue annulliert die Schuld nach rückwärts hin; fällt doch das charakteristische Moment des strafbaren Versuchs, das Überwiegen des Willens über die That, hier fort[19]).

Wenn nun also trotz alledem keine Straflosigkeit eintritt, so muss der Gesetzgeber der Ansicht sein, dass das Stadium des beendigten Versuchs objektiv ein solches Quantum von Gefährlichkeit in sich trage, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit welchem es dem Thäter durch Entfaltung ganz neuer Kraftäusserungen gelingen wird, die Wirkung der verübten Handlung zu hintertreiben, durchschnittlich ein so geringer ist, dass das Gesetz sich nicht auf dies Risiko einlassen kann.

Man sieht also: Annahme eines qualitativen Unterschiedes von fundamentalster Bedeutung.

Und wie in der Gesetzgebung, so auch in der Doktrin. Auch hier spüren wir immer merklicher den fremden Einfluss. Es ist allerdings ganz selbstverständlich, dass er sich hier anders äussert. Die Theoretiker sind nicht gezwungen, ihre Anschauungen in so knappe Thesen zu bringen; sie können erwägen, vermitteln.

Der fremde Einfluss zeigt sich auch hier besonders in der vollkommenen Entthronung der alten Versuchseinteilung und in dem siegreichen Vordringen der neuen scharfen Zweiteilung in „unbeendigten" und „beendigten" Versuch.

Leider aber nicht nur darin; die französische Begriffsverengung des délit manqué wirkt verhängnisvoll auf den beendigten Versuch. Besonders Köstlin[20]) stellt beendigten Versuch und délit manqué vollkommen gleich und fordert für den beendigten Versuch als wesentliches Begriffsmerkmal das Fehlschlagen wider Willen des Thäters. Eine richtigere Erkenntnis setzt ihm indessen schon Breidenbach[21]) entgegen, ohne jedoch damit durchzudringen.

---

[19]) A. A. das R.G.Entsch. in Str. S. III. 249 u. VI. 341, denen natürlich beizupflichten ist, insoweit sie ausführen, dass der freiwillige Rücktritt, resp. die thätige Reue des Thäters keine Straflosigkeit des Gehilfen involviere. Nur die Prämisse scheint anfechtbar.

[20]) System d. deutsch. Strafrechts, allgem. T. S. 244.

[21]) *Kommentar* z. hessischen Str.G.B. II. S. 171.

besonders im § 118 des Falles der thätigen Reue gedacht, und derselbe dem beendigten Versuch zugewiesen. Mithin hat sich Baden ganz von der veralteten Einteilung losgelöst und die modernen Anschauungen zur Geltung gebracht.

Gemein mit den italienischen Strafgesetzbüchern hat es auch die objektivistische Definition, eine Übereinstimmung, welche es mit weitaus dem grössten Teil der deutschen Strafgesetzbücher teilt. Diese Behandlungsweise ist in der Regel auf den Einfluss des délit manqué zurückzuführen, doch nicht ausnahmslos: so finden wir — wie schon oben dargestellt — die objektive Theorie auch in dem württembergischen und hessischen Strafgesetzbuch, von denen besonders das letztere nichts Fremdes in sich aufgenommen hat; andererseits hat ein Gesetzbuch, wie das sächsische vom 11. August 1855, art. 40, die subjektive Theorie, obgleich sich bei seinem Erscheinen der Vermischungsprozess bereits lange vollzogen hatte.

Die natürlichen Konsequenzen der objektivistischen Definition sind die bekannten: zugestandene und beabsichtigte Beschränkung des beendigten Versuchs auf die sog. materiellen Delikte, da vollkommene Tauglichkeit der Versuchshandlungen vorausgesetzt wird.

Sämtliche deutschen Gesetzbücher strafen den beendigten Versuch höher als den unbeendigten, wobei einerseits das Plus von Schuld, andererseits aber ganz besonders das Plus von Gefährlichkeit, das im beendigten Versuch im Vergleich zum unbeendigten steckt, den Ausschlag giebt.

Dieser zweite Gesichtspunkt ist sogar von so grossem Einfluss, dass die „thätige Reue“ beim beendigten Versuch geradezu in der Regel k e i n e Straflosigkeit bewirkt.

Berner[18]) sagt darüber zusammenfassend: „Während nach französischem, nach preussischem und nach bayrischem Rechte das Verhindern des Erfolges bei dem beendigten Versuch ganz ebenso Straflosigkeit bewirkt, wie der Rücktritt bei dem unbeendigten Versuch, wollen Hannover, Darmstadt, Baden, Thüringen und Sachsen nur bei dem unbeendigten Versuch Straflosigkeit wegen Rücktritts, nicht aber bei dem beendigten Versuch Straflosigkeit wegen verhinderten Erfolges. In diesem letzteren Fall will Baden Milderung, Thüringen wenigstens Minderung, Sachsen aber Herabsetzung auf die Strafe des nichtbeendigten Versuchs“.

---

[18]) Gutachten a. O. S. 22 § 11.

Daraus ergiebt sich ein Überwiegen des Gefährlichkeitsmomentes über das Schuldmoment; denn die sog. thätige Reue annulliert die Schuld nach rückwärts hin; fällt doch das charakteristische Moment des strafbaren Versuchs, das Überwiegen des Willens über die That, hier fort[19]).

Wenn nun also trotz alledem keine Straflosigkeit eintritt, so muss der Gesetzgeber der Ansicht sein, dass das Stadium des beendigten Versuchs objektiv ein solches Quantum von Gefährlichkeit in sich trage, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit welchem es dem Thäter durch Entfaltung ganz neuer Kraftäusserungen gelingen wird, die Wirkung der verübten Handlung zu hintertreiben, durchschnittlich ein so geringer ist, dass das Gesetz sich nicht auf dies Risiko einlassen kann.

Man sieht also: Annahme eines qualitativen Unterschiedes von fundamentalster Bedeutung.

Und wie in der Gesetzgebung, so auch in der Doktrin. Auch hier spüren wir immer merklicher den fremden Einfluss. Es ist allerdings ganz selbstverständlich, dass er sich hier anders äussert. Die Theoretiker sind nicht gezwungen, ihre Anschauungen in so knappe Thesen zu bringen; sie können erwägen, vermitteln.

Der fremde Einfluss zeigt sich auch hier besonders in der vollkommenen Entthronung der alten Versuchseinteilung und in dem siegreichen Vordringen der neuen scharfen Zweiteilung in „unbeendigten" und „beendigten" Versuch.

Leider aber nicht nur darin; die französische Begriffsverengung des délit manqué wirkt verhängnisvoll auf den beendigten Versuch. Besonders Köstlin[20]) stellt beendigten Versuch und délit manqué vollkommen gleich und fordert für den beendigten Versuch als wesentliches Begriffsmerkmal das Fehlschlagen wider Willen des Thäters. Eine richtigere Erkenntnis setzt ihm indessen schon Breidenbach[21]) entgegen, ohne jedoch damit durchzudringen.

---

[19]) A. A. das R.G.Entsch. in Str. S. III. 249 u. VI. 341, denen natürlich beizupflichten ist, insoweit sie ausführen, dass der freiwillige Rücktritt, resp. die thätige Reue des Thäters keine Straflosigkeit des Gehilfen involviere. Nur die Prämisse scheint anfechtbar.

[20]) System d. deutsch. Strafrechts, allgem. T. S. 244.

[21]) Kommentar z. hessischen Str.G.B. II. S. 171.

Während nun die Gesetzgebung fast durchgehend die objektive Formel adoptiert hat und zum Zustandekommen des beendigten Versuchs fordert, dass der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war, schwankt die Doktrin.

Einige, besonders Zachariä[22]), sind reine Objektivisten, andere, so z. B. Bauer[23]), glauben die Unmöglichkeit der Anforderungen, welche ein so krasser Objektivismus stellt, dadurch zu mildern, indem sie verlangen, dass der Thäter alles gethan habe, was „von seiner Seite" zur Herbeiführung des Erfolges nötig war[24]). Eine dritte[25]) Theorie, die wir schon oben bei Weber und Hufnagel kennen gelernt haben, will wieder, gleich Romagnosi, eine Art von potentieller Kausalität zu Grunde gelegt wissen, m. a. W. beendigten Versuch dann annehmen, wenn der Thäter alles das gethan habe, was nach menschlicher Berechnung angesichts der gegebenen Thatsachen zur Herbeiführung des Erfolges nötig war.

Diese Theorie ist sich selbst nicht recht klar über das, was sie eigentlich will. Sie fasst ihre Definition zum Teil objektivistisch[26]), zum Teil subjektivistisch[27]), kommt aber meist zu richtigen Resultaten.

Eine vierte Theorie endlich steht vollkommen auf dem Boden des Subjektivismus und begnügt sich für das Vorliegen des beendigten Versuchs damit, dass der Thäter alles gethan habe, was ihm zur Herbeiführung des Erfolges nötig schien[28]). Diese Theorie dehnt das Gebiet des beendigten Versuchs auch auf den untauglichen und die sog. formalen Delikte aus, will ihn aber hier i. d. R. milder gestraft wissen. Kodificiert ist diese Theorie bekanntlich im Str.G.B. f. d. Königr. Sachsen vom 13. August 1855, art. 40 und 42[29]).

---

[22]) Lehre vom Versuch d. Verbrechen, 1839, II, § 163; ebenso Geib, Lehrb. d. deutsch. Strafrechts, 1862, II. S. 302.

[23]) Anmerkungen z. hannov. Entw. S. 387 ff.; ders. Kriminalrecht, 2. Ausg. § 68; ders. Abhandlungen aus dem Strafrecht, Giessen 1840, I. S. 331 ff.

[24]) Das hatten schon Menoch, Carpzow, Böhmer, Koch, das A.L.R. und der Entwurf Vegliani von 1874, art. 72, gethan; vgl. oben.

[25]) So Breidenbach, a. O. S. 173.

[26]) So Weber, a. O.

[27]) So Breidenbach, a. O.

[28]) So Köstlin, System d. deutsch. Strafrechts, allg. T. Tübingen 1855, und Hälschner, preuss. Strafrecht, I. S. 205.

[29]) Das Gesetz hält es dennoch an manchen Stellen, so in art. 117, 179, 279, 323 für nötig, objektiv das Vorhandensein des beendigten Versuchs festzustellen, m. a. W. also für gewisse Thatumstände eine praesumptio iuris et de iure zu statuieren,

III. Sieg des französischen Prinzips.

Vollständig zum Durchbruch gekommen ist die französische Fassung in dem württembergischen Gesetz vom 13. August 1849 und dem preussischen Str.G.B. v. 14. April 1851. Glücklicherweise aber haben diese Gesetze nicht das délit manqué, d. h. die französische Lehre in ihrer Entartung, übernommen, sondern sie schliessen sich an den art. 2 des Code pénal an.

Das württembergische Gesetz setzt an Stelle der Versuchsartikels des Strafgesetzbuches[30]) derogatorisch in seinem art. 10 folgende Norm:

„Die gesetzliche Strafandrohung begreift auch . . . . die Strafe des Versuchs, sofern die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat."

Noch treffender drückt sich das preussische Strafgesetzbuch im art. 31 aus:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist."

Der Gesetzgeber hat hier vorsichtiger Weise das präjudizierende Wort „verfehlt" durch das neutrale „ohne Erfolg geblieben" ersetzt und damit die Gefahr einer verwirrenden Terminologie vermieden[31])[32]).

---

dass der Thäter beim Vorliegen eben dieser Thatumstände auch geglaubt habe, alles zur Herbeiführung des Erfolges Erforderliche gethan zu haben.

[30]) Vgl. darüber oben S. 26.

[31]) Dies hätte man wenigstens annehmen sollen; dass es aber doch nichts half, das lehrt uns eine Entscheidung des O. T. v. 27. Juni 1860, von welcher uns Goltdammer in seinem Archiv VIII, S. 618 ff. berichtet. Das O. T. hält „beendigten Versuch" und „délit manqué" für vollkommen identisch, das ginge schon aus der Entwickelungsgeschichte des § 31 d. preuss. Str.G.B. aus dem art. 2 des C. p. hervor; daher könne ebensowenig wie beim délit manqué (vgl. oben S. 15 i. f.) beim „beendigten" Versuch noch thätige Reue des Verbrechers denkbar sein. Goltdammer rügt mit Recht diese Auffassung des O. T.; unser beendigter Versuch sei weiter als das délit manqué und schliesse auch noch die Fälle, wo der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers verhindert worden sei, in sich. Nichtsdestoweniger ist wieder das von Leuthold über den beendigten Versuch dem Juristentage von 1876 erstattete Gutachten in den alten Fehler zurückgefallen; vgl. v. Buri in Goltdammers Archiv Bd. XXV S. 289; auch v. Buri selbst a. O. S. 289 ist nicht ganz von der Verwirrung frei; vgl. unten S. 50 Anm. 2.

[32]) Über den Streit, ob das preuss. Str.G.B. überhaupt die beiden Versuchsstufen

IV. Emanzipationsversuche.

Mit dem preussischen Str.G.B. ist nun aber auch der Höhepunkt des französischen Einflusses in Deutschland erreicht. Die deutsche Entwickelung strebt fortan in eigenen Bahnen weiter. Bevor wir jedoch zu dem ersten Markstein auf diesem neuen Wege, den §§ 43 und 46 unseres R.Str.G.B., gelangen, finden wir schon in Gesetzgebung und Doktrin Vorläufer der neuen Gestaltung.

Und da sei es denn gestattet, auf die Fassung eines Str.G.B. hinzuweisen, welches zeitlich sogar vor dem preussischen zurückliegt, aber, ebenso wie das erste bayrische, vielleicht ganz unabsichtlich, der modernen Auffassung — wenn anders wir die Behandlungsweise unseres Reichsstrafgesetzbuchs „modern" nennen dürfen — am nächsten kommt; es ist dies das Str.G.B. f. d. Herzogt. Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841 (kgl. sächs. Kriminalgesetzbuch v. 30. März 1838) art. 26 Abs. 1 u. 2:

„Ist bei einem beabsichtigten Verbrechen der Verbrecher

1. durch äussere Umstände an der Vollendung der unternommenen gesetzwidrigen Handlung verhindert, oder
2. auf gleiche Weise der Erfolg der von ihm vollendeten Handlung abgewendet worden"

u. s. w.

Die Fassung erinnert an § 46 no. 1 und 2 des R.Str.G.B. Der Unterschied besteht nur darin, dass hier die strafbaren Fälle des Versuchs, bei uns dagegen gerade die straflosen aufgezählt werden, und dass infolgedessen die Bestimmung der Begriffsmerkmale hier das Gegenteil von dort ist.

Man verstehe recht: der Verfasser ist weit davon entfernt, die Bestimmungen des sächsischen Gesetzbuches für modern erklären zu wollen; im Gegenteil, der art. 28 a. O., der sogar noch den Rücktritt vom unbeendigten Versuch mit Strafe belegt, macht jenes Gesetzbuch materiell noch unter das Niveau der übrigen gemeinen Strafgesetzbücher herabsinken. Nur die terminologische Geschicklichkeit, dank welcher der Gesetzgeber es hier vermieden hat, den beendigten Versuch weder objektiv, noch subjektiv zu definieren, indem er sich mit dem Ausdruck: „die vollendete Handlung" begnügt, scheint im

---

markiere, vgl. Berner, Gutachten § 11. Dem Verfasser scheint darüber kein Zweifel zu bestehen.

Zweiter Abschnitt.

Reichsgesetzgebung, neueste Doktrin und Ergebnis.

I. Das Reichsstrafgesetzbuch und der Entwurf einer Novelle von 1876.

In dem ersten Entwurf zum norddeutschen Str. G. B. (Juli 1869) trat an die Stelle[1]) des § 31 des preussischen Str. G. B. folgender § 37:

„Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluss zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt, und die Vollendung nur durch äussere von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist."

Dass diese letzten Worte, im Vergleich mit dem unterliegenden Paragraphen des preussischen Str. G. B., eine erhebliche Verwischung des Unterschiedes zwischen beendigten und unbeendigtem Versuch enthalten, liegt auf der Hand[2]).

Eine Änderung im Sinne einer Klärung wies denn auch schon der zweite Entwurf vom 1. Dezember 1869 auf.

Dem § 46 unseres R. Str. G. B. liegt nun der § 44 jenes zweiten Entwurfs zu Grunde. Die Kursschwenkung, welche das R. Str. G. B. in den §§ 43 und 46 vorgenommen hat, besteht aber in folgendem: Die früheren den Versuch mit Strafe bedrohenden Normen der Gesetzbücher setzten die Bedingungen fest, unter welchen er strafbar sein sollte. Die heutige Behandlungsweise straft prinzipiell den Versuch immer. Sie setzt aber umgekehrt die Bedingungen fest, unter welchen er straflos sein soll. Dass dabei für die Klarheit viel gewonnen wird, ergiebt sich schon daraus, dass man das ominöse „fehlgeschlagene Verbrechen" (délit manqué), dessen Gleichstellung mit dem beendigten Versuch so viel Verwirrung erregt

[1]) Vgl. Berner, Gutachten a. O. § 12.

[2]) Dies rügte auch Berners im Oktober 1869 erschienene Kritik d. Entw. S. 73.

hatte, von nun ab entbehren kann. Daher billigt auch Carrara[3]) das Fallenlassen des delitto mancato im deutschen R.Str.G.B., denn „è cosa difficile a capirsi dai non giuristi, che produce nella pratica insuperabili difficoltà ed ingiusticie“.

Der § 46 behandelt nun unter no. 1 den aufgegebenen, unter no. 2 denjenigen Versuch, bei welchem der Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet worden ist.

Dass die Nr. 1 den unbeendigten Versuch behandelt, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen; denn „aufgeben“ kann man nur den unbeendigten Versuch. Ob aber die Nr. 2 den beendigten Versuch behandelt, darüber herrscht Streit.

Gegner der Ansicht, dass im R.Str.G.B. § 46 Nr. 2 der beendigte[4]) Versuch behandelt sei, sind besonders Schütze[5]), Baumgarten[6]) und H. Meyer[7]).

Schütze meint a. O. S. 139: „Grade des Versuches verwirft das Str.G.B. schlechthin, so die an sich unhaltbare Unterscheidung in beendigten und nichtbeendigten“, und weiter, es handele sich in § 46 des Str.G.B. nur um Versuch, der „mehr oder minder vorgeschritten“ sei, m. a. W. Schütze nimmt nur das Vorhandensein eines quantitativen Unterschiedes zwischen den Versuchsstufen sub. no. 1 und 2 des § 46 an. Baumgarten sagt a. O. ohne jede nähere Begründung, es sei zu billigen, „dass das R.Str.G.B. die letzte Reminiscenz der gesetzlichen Anerkennung einer Unterscheidung innerhalb des Versuchsbegriffes fallen liess“. Hugo Meyers Argumentation ist dagegen folgende: Beendigter Versuch liege erst dann vor, wenn der kritische Moment, der über das Eintreten von Erfolg oder Misserfolg entscheiden solle, vorüber sei, und zwar im Sinne eines Misserfolges; daher sei es auch unnötig[8]), einen Unterschied zwischen beendigtem Versuch und fehlgeschlagenem Verbrechen statuieren zu wollen, denn ersterer trete strafrechtlich nur in der Form des letzteren in Erscheinung. Da nun aber im § 46 no. 2 der Thäter den

---

[3]) Nota al § 43 in Codice penale dello imperio germanico, tradotta da Gualtierotti-Morelli e da Fervei, e annottato da Ellero e Carrara 1874.

[4]) Die §§ 158, 163, 204, 209, 310 des Str.G.B. kommen natürlich nicht in Betracht, da sie nicht beendigten Versuch, sondern vollendetes Verbrechen im Auge haben.

[5]) Lehrb. 2. Aufl. S. 142 no. 45.

[6]) a. O. S. 443, 44.

[7]) Lehrb. 1895 S. 216.

[8]) a. O. Anm. 76.

Erfolg noch abgewendet habe, bevor jener kritische Moment eingetreten sei, so habe noch kein beendigter Versuch vorgelegen, und dieses Stadium des Versuchs sei mithin im R.Str.G.B. nicht behandelt.

Es muss wohl als eine petitio principii aufgefasst werden, wenn Meyer behauptet, der beendigte Versuch trete „strafrechtlich“ nur in der Form eines fehlgeschlagenen Verbrechens in Erscheinung. Dass er dies gerade nicht thut, beweisst eben unser R.Str.G.B. in § 46 no. 2. Meyer meint offenbar nicht „strafrechtlich“, sondern „strafbar“; das ist aber etwas anderes.

Die ganze Misslichkeit der französischen Lehre ist wieder da, wenn wir beendigten Versuch und fehlgeschlagenes Verbrechen identificieren.

So sind denn auch die meisten neuen Kriminalisten der Ansicht, dass wir im § 46 no. 2 des R.Str.G.B. den beendigten Versuch vor uns haben. Vor allen Berner[9]), dann aber auch Olshausen[10]), Oppenhoff[11]) und v. Liszt[12]); derselben Ansicht sind auch das Reichsgericht[13]) und die Motive zur Novelle von 1876[14]).

Das R.Str.G.B. berücksichtigt also den beendigten Versuch; es berücksichtigt aber nur dasjenige Stadium desselben, wo „thätige Reue“ noch möglich war und auch wirklich gewaltet hat. Es enthält dagegen keine Bestimmung für dasjenige Stadium des beendigten Versuchs, welches bereits die Erscheinungsform des fehlgeschlagenen Verbrechens angenommen hat.

Dies Stadium ist zwar — wie alle strafbaren Fälle des Versuchs — im Wortlaut des § 43 mit enthalten, es wird aber nicht gegenüber den Fällen des strafbaren unbeendigten Versuchs besonders hervorgehoben.

Diese Lücke wollte nun der Entwurf einer Novelle zum R.Str.G.B. vom 26. Februar 1876 ausfüllen und dem § 44 des R.Str.G.B. folgende Fassung geben:

„Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

---

[9]) Gutachten a. O. § 12 S. 25.

[10]) Kommentar, 1892, S. 167, Note 6 zu § 46 und die dort Citierten.

[11]) Kommentar, 1891, zu § 46.

[12]) Lehrbuch, 1894, S. 174.

[13]) Entsch. i. Strafs. XV. 44 u. XXII. 363.

[14]) a. O. S. 23: Der beendigte Versuch sei im R.Str.G.B. bereits „anerkannt und *berücksichtigt*“.

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter 3 Jahren, wenn aber der Thäter seinerseits alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, und der zur Vollendung gehörige Erfolg nur infolge von Umständen, welche von dem Willen des Thäters unabhängig waren, nicht eingetreten ist (beendigter Versuch), Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren ein" u. s. w.

Die nächsten Absätze enthielten in analoger Weise Strafschärfungen für den Fall des beendigten Versuchs.

Die Motive sagen[15]: „Der Entwurf hat kein Bedenken getragen, sich derjenigen Definition anzuschliessen, welche die meisten deutschen Strafgesetzbücher adoptiert hatten, und welche von der Mehrzahl der deutschen Schriftsteller verteidigt wird. Überdies stimmt der von dem Entwurf zu Grunde gelegte Begriff des beendigten Versuchs mit derjenigen Auffassung überein, welche die neuere französische Wissenschaft (Ortolan, éléments no. 990) mit dem délit manqué und der neueste italienische Entwurf art. 72 mit dem delitto mancato verbindet."

Berner, dem wir die erste wissenschaftliche Kritik des Entwurfs und seiner Motive danken[16], hat sich, und nicht mit Unrecht, bitter über die Motive ausgesprochen, den Entwurf selbst aber im allgemeinen günstig beurteilt.

Was nun zunächst die Motive anlangt, so hätte in der That der Gesetzgeber dem Entwurf kaum eine schlechtere Empfehlung mit auf den Weg geben können.

Da wird uns versprochen: die objektive Definition der deutschen Strafgesetzbücher, welche — ganz abgesehen von den ihr unausbleiblich anhaftenden Mängeln — im Rahmen des Reichsstrafgesetzbuchs, welches sich bekanntlich für gar keine der Versuchstheorieen entschieden hat, jedenfalls unbedingt verwerflich ist[17]; die Verwirrung der Begriffe, wie sie die französische Wissenschaft und besonders Ortolan aufweist; die immerhin zweideutige Terminologie, die wir auch noch in dem italienischen Entwurfe finden.

Ganz so schlimm ist freilich der Entwurf selber nicht. Er verlangt: „alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Hand-

---

[15] Vgl. Berner, Gutachten S. 15.

[16] Vgl. Berner, Gutachten a. O.

[17] Vgl. darüber ausführlich unten S. 58 ff., insbes. S. 64, 65.

Erfolg noch abgewendet habe, bevor jener kritische Moment eingetreten sei, so habe noch kein beendigter Versuch vorgelegen, und dieses Stadium des Versuchs sei mithin im R.Str.G.B. nicht behandelt.

Es muss wohl als eine petitio principii aufgefasst werden, wenn Meyer behauptet, der beendigte Versuch trete „strafrechtlich" nur in der Form eines fehlgeschlagenen Verbrechens in Erscheinung. Dass er dies gerade nicht thut, beweisst eben unser R.Str.G.B. in § 46 no. 2. Meyer meint offenbar nicht „strafrechtlich", sondern „strafbar"; das ist aber etwas anderes.

Die ganze Misslichkeit der französischen Lehre ist wieder da, wenn wir beendigten Versuch und fehlgeschlagenes Verbrechen identificieren.

So sind denn auch die meisten neuen Kriminalisten der Ansicht, dass wir im § 46 no. 2 des R.Str.G.B. den beendigten Versuch vor uns haben. Vor allen Berner[9]), dann aber auch Olshausen[10]), Oppenhoff[11]) und v. Liszt[12]); derselben Ansicht sind auch das Reichsgericht[13]) und die Motive zur Novelle von 1876[14]).

Das R.Str.G.B. berücksichtigt also den beendigten Versuch; es berücksichtigt aber nur dasjenige Stadium desselben, wo „thätige Reue" noch möglich war und auch wirklich gewaltet hat. Es enthält dagegen keine Bestimmung für dasjenige Stadium des beendigten Versuchs, welches bereits die Erscheinungsform des fehlgeschlagenen Verbrechens angenommen hat.

Dies Stadium ist zwar — wie alle strafbaren Fälle des Versuchs — im Wortlaut des § 43 mit enthalten, es wird aber nicht gegenüber den Fällen des strafbaren unbeendigten Versuchs besonders hervorgehoben.

Diese Lücke wollte nun der Entwurf einer Novelle zum R.Str.G.B. vom 26. Februar 1876 ausfüllen und dem § 44 des R.Str.G.B. folgende Fassung geben:

„Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

---

[9]) Gutachten a. O. § 12 S. 25.

[10]) Kommentar, 1892, S. 167, Note 6 zu § 46 und die dort Citierten.

[11]) Kommentar, 1891, zu § 46.

[12]) Lehrbuch, 1894, S. 174.

[13]) Entsch. i. Strafs. XV. 44 u. XXII. 363.

[14]) a. O. S. 23: Der beendigte Versuch sei im R.Str.G.B. bereits „anerkannt und berücksichtigt".

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter 3 Jahren, wenn aber der Thäter seinerseits alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, und der zur Vollendung gehörige Erfolg nur infolge von Umständen, welche von dem Willen des Thäters unabhängig waren, nicht eingetreten ist (beendigter Versuch), Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren ein" u. s. w.

Die nächsten Absätze enthielten in analoger Weise Strafschärfungen für den Fall des beendigten Versuchs.

Die Motive sagen[15]: „Der Entwurf hat kein Bedenken getragen, sich derjenigen Definition anzuschliessen, welche die meisten deutschen Strafgesetzbücher adoptiert hatten, und welche von der Mehrzahl der deutschen Schriftsteller verteidigt wird. Überdies stimmt der von dem Entwurf zu Grunde gelegte Begriff des beendigten Versuchs mit derjenigen Auffassung überein, welche die neuere französische Wissenschaft (Ortolan, éléments no. 990) mit dem délit manqué und der neueste italienische Entwurf art. 72 mit dem delitto mancato verbindet."

Berner, dem wir die erste wissenschaftliche Kritik des Entwurfs und seiner Motive danken[16], hat sich, und nicht mit Unrecht, bitter über die Motive ausgesprochen, den Entwurf selbst aber im allgemeinen günstig beurteilt.

Was nun zunächst die Motive anlangt, so hätte in der That der Gesetzgeber dem Entwurf kaum eine schlechtere Empfehlung mit auf den Weg geben können.

Da wird uns versprochen: die objektive Definition der deutschen Strafgesetzbücher, welche — ganz abgesehen von den ihr unausbleiblich anhaftenden Mängeln — im Rahmen des Reichsstrafgesetzbuchs, welches sich bekanntlich für gar keine der Versuchstheorieen entschieden hat, jedenfalls unbedingt verwerflich ist[17]; die Verwirrung der Begriffe, wie sie die französische Wissenschaft und besonders Ortolan aufweist; die immerhin zweideutige Terminologie, die wir auch noch in dem italienischen Entwurfe finden.

Ganz so schlimm ist freilich der Entwurf selber nicht. Er verlangt: „alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Hand-

[15] Vgl. Berner, Gutachten S. 15.
[16] Vgl. Berner, Gutachten a. O.
[17] Vgl. darüber ausführlich unten S. 58 ff., insbes. S. 64, 65.

lungen“, womit aber auch schon in bedenklicher Weise ein Anklang an die objektive Theorie verbunden ist, was im Rahmen des Reichsstrafgesetzbuchs wenigstens unter allen Umständen zu vermeiden war.[18])

Die Worte „alle“, „Begehung“ und „erforderlich“[19]) scheinen wieder auf die Fähigkeit der vollbrachten Handlungen, das Verbrechen zu „begehen“, d. h. zu vollenden oder den Erfolg herbeizufuhren, hinzudeuten.

Deshalb schlägt schon Berner a. O. für das Wort „Begehung“ wenigstens „Ausführung“ vor, und zur Vermeidung jedes Missverständnisses thäte man immer gut, dieses Wort dafür einzusetzen.

Bedenklich ist auch die Beifügung der Bezeichnung „beendigter Versuch“ in Klammer; denn diese Bemerkung muss unwillkürlich die Vorstellung erwecken, als erschöpfe der geschilderte Thatbestand den Begriff des beendigten Versuchs, während beendigter Versuch doch auch dann vorhanden ist, wenn der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet wurde.

Vorzuziehen wäre daher der Terminus: „fehlgeschlagenes Verbrechen“ gewesen.

Bekanntlich hat der Reichstag — nicht die Einführung des beendigten Versuchs, — denn dieser befindet sich ja schon im R. Str. G. B. — aber die besondere kriminelle Behandlung desselben abgelehnt[20]).

Dass damit aber nicht zugleich die neuere deutsche Doktrin den Unterschied des unbeendigten und beendigten Versuchs als aufgegeben ansieht und noch keineswegs in ihrer Allgemeinheit auf eine besondere kriminelle Behandlung des beendigten Versuchs verzichtet hat, das beweist der immer noch währende Streit über diesen Punkt.

Es musste daher gerechtes Befremden erregen, als v. Schwarze bei Beratung jener Novelle im Reichstage die Behauptung aufstellte, dass der beendigte Versuch von der Wissenschaft längst zurückgewiesen sei[21]).

II. Neueste Doktrin.

Gewichtig sind allerdings die Stimmen, welche sich gegen die Beibehaltung der Unterscheidung erheben, gewichtig weniger durch

[18]) Vgl. darüber ausführlich unten S. 58 ff.

[19]) So auch v. Buri in Goltdammers Archiv Bd. XXV S. 277 a. E.

[20]) Vgl. Drucksachen des Reichstags no. 54.

[21]) Vgl. den Bericht: „Le novelle al codice pen german.“ in der Rivista pen. febbr. e marzo 1876, p. 131.

die Zahl, als vielmehr durch das Ansehen, das sie in der wissenschaftlichen Welt geniessen.

Die Argumente dieser Gegner richten sich fast durchgängig gegen die Gerechtigkeit der Unterscheidung und lassen sich dahin zusammenfassen, dass sie der Meinung sind, der Moment, wo die Versuchshandlung unterbrochen würde, bestimme sich meist rein zufällig, mithin sei es ungerecht, es den Verbrecher entgelten zu lassen, dass er gerade erst später unterbrochen worden sei. Dazu komme, dass die Stufe des beendigten Versuchs in der Skala der Handlungen bei den einzelnen Delikten bald höher, bald niedriger stände, und der Delinquent infolgedessen — je nach dem vorliegenden Verbrechen — bald besser, bald schlechter fahren würde, ohne dass man ihn in dem einen oder anderen Sinne dafür verantwortlich machen könne[22].

Im einzelnen nuancieren sich allerdings noch die Ansichten der Gegner. Dass sie den beendigten Versuch verwerfen, kann uns nicht wunder nehmen, denn — mit Ausnahme von Janka — sind sie alle der Ansicht, dass die Stufe des beendigten Versuchs nur einen rein quantitativen Fortschritt in der verbrecherischen Thätigkeit markiere[23].

Bleibt man allerdings bei dieser Ansicht stehen, so wird man dem Geiste unserer Unterscheidung in keiner Weise gerecht.

Mindestens ebenso gross ist jedoch das Gewicht, welches zu Gunsten der Beibehaltung unserer Unterscheidung in die Wagschale fällt, gross sowohl durch die Autorität der Vertreter dieser Ansicht, als ganz besonders dadurch, dass diese Vertreter oft ganz entgegengesetzten Anschauungen in den prinzipiellen Fragen unserer Wissenschaft huldigen, und es daher von doppelter Bedeutung sein muss, wenn sie sich einmütig und sogar meist aus denselben Gründen über unsere Frage äussern.

---

[22]) So: Hälschner, preuss. Straf-R., allg. Teil, S. 206 u. 207; Binding, Entw. eines Str.G.B. f. d. nordd. Bund, Leipzig 1869, S. 76; Baumgarten, a. O. S. 443. Ähnlich: John, Entw. eines Str.G.B. mit Motiven, 1868, S. 207; v. Schwarze in Holtzendorffs Handb. II. 1871. S. 281; Pfenniger, Strafrecht d. Schweiz, Berlin 1890, S. 788; Schütze, deutsch. Strafrecht S. 139. Nicht so unbedingt dagegen: Janka, österr. Strafrecht. 1890, S. 139. Vgl. darüber unten S. 51, Anm. 4.

[23]) So geradezu Lamm in seinem Gutachten über den beendigten Versuch, vorgelegt dem deutschen Juristentage im Jahre 1876; vgl. v. Buri in Goltdammers Archiv Bd. XXV S. 285 ff.

Dass dies in der That seine Absicht ist, sagt er ausdrücklich[38], wenn er behauptet, dass durch die Insertion der Worte „ou n'a manqué son effet“ in den art. 2 des Code pénal nicht etwa der beendigte Versuch, sondern der Versuch überhaupt erst geschaffen worden sei.

Da Cohns „Versuch“ identisch mit unserem „beendigten Versuch“ ist, so müssen wir notgedrungen, was er vom Versuch überhaupt zu lehren glaubt, als seine Lehre vom beendigten Versuch gelten lassen. Von diesem letzteren verlangt er also, ähnlich wie Romagnosi und die anderen, wie er es nennt: „potentielle Kausalität“[39]).

Wie man sich übrigens zur Cohnschen Lehre stellen mag, so viel lässt sich mit Sicherheit behaupten: wer einen so grossen Unterschied zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch macht, dass er den ersten überhaupt vom Versuchsbegriffe ausschliessen und ihm unter dem Namen „unvollendetes Verbrechen“ nur eine untergeordnete strafrechtliche Existenz belassen will, der nimmt jedenfalls zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch einen eminent qualitativen Unterschied als vorliegend an und verlangt auch, dass das Gesetz für jeden der beiden einen besonderen Strafsatz aufstelle. Von diesem Standpunkt aus gehört also Cohns Theorie hauptsächlich in den Kreis unserer Betrachtungen.

III. Überblick und Ergebnis der gesamten Entwickelung.

Von dem § 46 des R.Str.G.B. ist unsere Arbeit ausgegangen.

In der Einleitung musste dieser Paragraph als ein verhältnismässig schwacher Niederschlag bezeichnet werden, der eine jahrhundertelange Entwickelung nicht sofort vermuten lässt.

Das hat sich in dem zweiten Hauptteil, der besonders dem geltenden deutschen Rechte gewidmet war, wohl auch bestätigt, vor allem, wenn man den heutigen Stand der ausländischen Gesetzgebung dagegen hält.

Anders war es schon in dem Regierungsentwurf der Novelle von 1876, bei der man aber leider zu sehr den italienisch-französischen Einfluss berücksichtigte, ohne der Verpflichtungen zu gedenken, welche der prinzipielle Standpunkt unseres Gesetzbuchs gegenüber der Versuchslehre uns nun einmal auferlegt[40]).

---

[38]) a. O. S. 698.

[39]) Der Standpunkt des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs scheint für Cohn offenbar garnicht zu existieren.

[40]) *Vgl.* **ausführlich darüber unten S. 58 ff.**

Auf einem anderen Standpunkt steht dagegen H. Meyer[30], :cher zwar für eine qualitative Unterscheidung und besondere krimi-le Behandlung des beendigten Versuchs eintritt, aber nicht die :nersche Definition annimmt, sondern eine subjektivistische: „was n Thäter zur Herbeiführung des Erfolges bestimmt war“[31]).

Endlich hat auch die neueste Doktrin eine dem von Romagnosi[32] tretenen relativen Objektivismus analoge Theorie ausgebildet in der : „Theorie von der potentiellen Kausalität“. Diese Theorie wird :er dem Namen einer „nachträglichen Prognostizierung“ von v. Liszt treten und findet sich, allerdings seltsam entstellt, in dem Buche ı L. Cohn: „Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen“[33].

Dazu, eine Unterscheidung zwischen unbeendigtem und been-tem Versuch zu geben, gelangt Cohn überhaupt garnicht, denn er iniert den ganzen Versuch[34] als „die Vornahme einer Handlung, lche geeignet ist, die zum Thatbestande eines Verbrechens er-lerliche Folge[35] hervorzurufen, damit dieselbe in concreto eintrete, en Ausbleiben vorausgesetzt“.

Mithin sehen wir, dass Cohn als „Versuch“ überhaupt nur den endigten Versuch“ gelten lässt[36] und alles, was man gewöhnlich st noch „Versuch“ nennt, „unvollendetes Verbrechen“ betitelt[37].

; alle beide ganz strengen Erfordernissen nicht genügen. In weiterem Sinne ist er Versuch fehlgeschlagenes Verbrechen und daher die Bezeichnung „fehlgeschlagenes brechen“ für einen Teil des Versuchs nicht geeignet. Der Ausdruck „fehl-:hlagener Versuch“ dagegen ist offenbar ein Pleonasmus, hat dafür aber den Vor-dass die Zugehörigkeit des fehlgeschlagenen Delikts zum Versuch auch zur sinn-:n Wahrnehmung gelangt, was für die Festlegung des deutschen Standpunkts :nüber dem italienischen und französischen immerhin von Bedeutung ist. Wenn :dem im Verlauf der Arbeit der Ausdruck „fehlgeschlagenes Verbrechen“ an-:mmen ist, so geschah es, weil er das kleinere Übel zu sein scheint. Nicht die suchshandlungen schlagen fehl, denn die sind ja beendet, sondern die Vollendung Verbrechens ist es, welche das Fehlschlagen erleidet. Indessen ist zuzugeben, dass sich auch mit vollem Recht auf die Seite der anderen Terminologie stellen kann.

[30] Lehrb. 1895, S. 216 ff. Anm. 76.

[31] Subjektivist war auch Heinze in Heidelberg.

[32] Vgl. auch Weber, Hufnagel u. Breidenbach.

[33] Vgl. die ziemlich abfällige Kritik von v. Liszt, Ztschr. 1881, I. Seite 93 ff.

[34] a. O. S. 367.

[35] „Folge“ soll offenbar so viel heissen wie „Erfolg“, eine übrigens schon von ıer öfters gerügte Ungenauigkeit der Ausdrucksweise.

[36] Anscheinend sogar noch auf die sog. materiellen Delikte beschränkt.

[37] a. O. S. 699.

Dass dies in der That seine Absicht ist, sagt er ausdrücklich[38], wenn er behauptet, dass durch die Insertion der Worte „ou n'a manqué son effet“ in den art. 2 des Code pénal nicht etwa der beendigte Versuch, sondern der Versuch überhaupt erst geschaffen worden sei.

Da Cohns „Versuch“ identisch mit unserem „beendigten Versuch“ ist, so müssen wir notgedrungen, was er vom Versuch überhaupt zu lehren glaubt, als seine Lehre vom beendigten Versuch gelten lassen. Von diesem letzteren verlangt er also, ähnlich wie Romagnosi und die anderen, wie er es nennt: „potentielle Kausalität“[39]).

Wie man sich übrigens zur Cohnschen Lehre stellen mag, so viel lässt sich mit Sicherheit behaupten: wer einen so grossen Unterschied zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch macht, dass er den ersten überhaupt vom Versuchsbegriffe ausschliessen und ihm unter dem Namen „unvollendetes Verbrechen“ nur eine untergeordnete strafrechtliche Existenz belassen will, der nimmt jedenfalls zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch einen eminent qualitativen Unterschied als vorliegend an und verlangt auch, dass das Gesetz für jeden der beiden einen besonderen Strafsatz aufstelle. Von diesem Standpunkt aus gehört also Cohns Theorie hauptsächlich in den Kreis unserer Betrachtungen.

III. Überblick und Ergebnis der gesamten Entwickelung.

Von dem § 46 des R.Str.G.B. ist unsere Arbeit ausgegangen.

In der Einleitung musste dieser Paragraph als ein verhältnismässig schwacher Niederschlag bezeichnet werden, der eine jahrhundertelange Entwickelung nicht sofort vermuten lässt.

Das hat sich in dem zweiten Hauptteil, der besonders dem geltenden deutschen Rechte gewidmet war, wohl auch bestätigt, vor allem, wenn man den heutigen Stand der ausländischen Gesetzgebung dagegen hält.

Anders war es schon in dem Regierungsentwurf der Novelle von 1876, bei der man aber leider zu sehr den italienisch-französischen Einfluss berücksichtigte, ohne der Verpflichtungen zu gedenken, welche der prinzipielle Standpunkt unseres Gesetzbuchs gegenüber der Versuchslehre uns nun einmal auferlegt[40]).

---

[38]) a. O. S. 698.

[39]) Der Standpunkt des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs scheint für Cohn offenbar garnicht zu existieren.

[40]) Vgl. ausführlich darüber unten S. 58 ff.

Weiterhin muss immer wieder betont werden, dass unser beendigter Versuch keineswegs nur aus dem delitto mancato und délit manqué hervorgegangen ist, sondern dass wir Deutschen unsere eigene Entwickelung haben, deren Anfänge weit vor dem Beginn der italienisch-französischen zurückliegen[41]).

Ein modernes deutsches Gesetz muss mithin einen Begriff bieten, der das Ergebnis einer Verschmelzung dieser beiden Entwickelungsreihen ist.

Das deutsche delictum perfectum vor der Reception — wenn dieser Ausdruck gestattet ist — war im Grunde genommen nichts als die höchste Stufe des conatus proximus.

Was seinen Charakter anlangte, so hatte es bereits im preuss. Ldr. (II. 20. § 40) einen objektivistischen Zug angenommen, und eine Gesetzesauslegung hätte auch keine Schwierigkeit gehabt, die Versuchsstufe, die der betreffende Paragraph des A.L.R. mit ausgezeichneter Strafe bedrohte, nur für die sog. „materiellen Delikte“ gelten zu lassen.

Es folgt nun, erst unmerklich, dann aber immer deutlicher wahrnehmbar, die Reception der fremden Begriffe.

Leider aber haben die Deutschen weder das delitto frustrato Romagnosis, noch die tentative manquée der Franzosen recipiert.

Zur Zeit der deutschen Reception hatte die französische Verwirrungsarbeit bereits zum grossen Teil ihre Schuldigkeit gethan. Aus der tentative manquée war das délit manqué geworden, und auch das italienische delitto frustrato Romagnosis hatte zwar nichts seiner ursprünglich guten Eigenschaften eingebüsst, war aber von seinen eigenen Landsleuten zu dem delitto mancato, einem Zwilling des délit manqué, verflacht worden.

Darauf ist an den einschlägigen Stellen hingewiesen worden.

Wenn das Bild gestattet ist: die ganze französisch-italienische Entwickelung macht den Eindruck eines sich stückweis vollziehenden Bergrutsches.

Das delitto frustrato steht allerdings tiefer als die tentative manquée des art. 2 des Code pénal; denn wenn auch die letztere bereits den Krankheitskeim in ihrem Namen trägt, so war doch das erstere schon terminologisch und begrifflich vom tentativo losgelöst, bildete einen engeren Begriff für sich und hatte zugestandener Massen

---

[41]) Die Frage freilich, ob die Entwickelung bis Menochius heraufreicht, musste oben offen gelassen werden; vgl. oben S. 6 ff. u. 10.

keinen Raum für diejenigen Fälle des beendigten Versuchs, wo der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet worden war.

Jetzt bröckelt aber von der tentative manquée ein Stück nach dem anderen ab. Die tentative wird zum délit. Damit ist die Scheidung terminologisch vollzogen. Weiter wird ausdrücklich zum wesentlichen Bestandteil des délit manqué die Unmöglichkeit der „thätigen Reue" erhoben.

Damit hat diese letztere jeden Boden im französichen System verloren.

Sodann wird vom „fehlgeschlagenen Verbrechen", nicht etwa vom „Versuch überhaupt" noch vollkommen taugliche Handlungsweise verlangt, und — was schon unausweichliche Folge dieses Postulats gewesen wäre — noch ausdrücklich hervorgehoben, nämlich die Beschränkung des „beendigten" Versuchs auf die sog. materiellen Delikte.

Die Entwickelung in Italien ist eine analoge. Den ersten Schritt braucht man dort nicht erst zu thun, denn er war bereits gethan.

Den zweiten vollzog der radikale Objektivismus eines Carrara. Dieser Objektivismus wäre, wenn man ihm beim „Versuch" überhaupt hätte walten lassen, wahrscheinlich unschädlich, weil nämlich praktisch undurchführbar gewesen. Auf das Gebiet des „beendigten Versuchs" beschränkt hatte er aber gar keine Existenzberechtigung, weil eine solche Beschränkung unlogisch, inkonsequent und unsystematisch ist, wie dies unten[42]) im dogmatischen Teil noch erläutert werden wird.

Ihrem augenblicklichen Zustande nach ist zwischen delitto mancato und délit manqué kein Unterschied mehr vorhanden.

In unserer deutschen Entwickelungsgeschichte finden wir einen Vorgang, der sich unzählige Male abgespielt hat.

Die Deutschen haben fremde Begriffe resp. Ausdrücke niemals aus erster Hand empfangen, sondern regelmässig durch die Vermittelung der Franzosen bezogen.

Damals zwar hatte schon in Frankreich die Verengung des délit manqué stattgefunden, nicht aber jene völlige Verflachung des delitto frustrato in Italien.

---

[42]) Vgl. unten S. 62. Wie übrigens wiederholt betont, liegt es ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, die verschiedenen Versuchstheorieen, d. h. also auch die objektivistische Theorie, im allgemeinen zu kritisieren. Hier wird nur das Ansinnen zurückgewiesen, einer oder der anderen Theorie einseitig auf dem Gebiet des „beendigten Versuchs" einen Herrscherthron aufzurichten.

Die Deutschen haben aber diesen letzteren Begriff nicht viel beachtet. Wenige, wie Mittermaier, Zachariä und schliesslich Berner haben sich um das Verhältnis zwischen delitto mancato und délit manqué gekümmert.

Im allgemeinen haben Gesetzgebung und Doktrin nur das délit manqué recipiert.

Da übrigens das heutige delitto mancato der Italiener sich durch nichts vom französischen délit manqué unterscheidet, so wäre am Endpunkte vielleicht die Entwickelung dieselbe gewesen, es sei denn, dass es deutscher Gründlichkeit gelungen wäre, den in seinem eigenen italienischen Vaterlande verkannten Begriff in seiner Reinheit zu erhalten.

Die nächste Wirkung, welche die Reception in Deutschland ausübt, ist die Erhebung der Einteilung vom unbeendigten und beendigten Versuch zur prinzipalen.

Was einer unserer grossen Romanisten einmal vom römischen Recht gesagt hat: „es habe dem deutschen Geburtshülfe geleistet“, das gilt auch hier. Dem nach Emanzipierung und Befreiung von der alten Systematik ringenden delictum perfectum hat die romanische Doktrin im eigentlichen Sinne Geburtshülfe geleistet.

Die Stufen des conatus remotus und proximus werden sozusagen mediatisiert, indem sich zwischen sie und den Versuch das Mittelglied des unbeendigten Versuchs schiebt.

Daneben läuft aber die deutsche Fortbildung, welche vor allem Feuerbach und Schröter den geeigneten Namen „beendigter Versuch“ finden lässt und eigentlich dadurch eine Kautel schafft, die Stufe des beendigten Versuchs nicht vom Versuchsbegriff zu eximieren.

Nichtsdestoweniger thun bald die fremden Begriffe ihr Werk. Der radikale nur im Gebiet des beendigten Versuchs zur Geltung gebrachte Objektivismus und die daraus sich ergebenden Forderungen von absoluter Tauglichkeit, sowie die Beschränkung auf die sog. materiellen Delikte treten immer mehr in den Vordergrund.

Die Identificierung des beendigten Versuchs mit dem délit manqué lässt nun nicht mehr lange auf sich warten. Vergebens widersetzen sich Männer wie Breidenbach der allgemeinen Verwirrung. Ihre Stimme wird übertönt, und Köstlin darf es schon wagen, den Deutschen „den richtigen Takt der Franzosen“ als Vorbild hinzustellen, welche beim délit manqué, — wie Köstlin identificiert — also beim beendigten Versuch, thätige Reue für unmöglich erklären.

Diesen Irrtümern verfällt auch das preussische Obertribunal. trotzdem das preussische Strafgesetzbuch, indem es in dankenswerter Weise versucht, dem art. 2 des C. p. neues Leben einzuhauchen, und das zweideutige Wort: „manqué“ durch das neutrale „erfolglos“ wiedergiebt, das Seinige gethan hatte, um der Verwirrung vorzubeugen.

Männer wie Goltdammer und besonders Berner bringen nun allmählich Licht in die Frage. Man beginnt, die Irrtümer zu erkennen, emanzipiert sich von den fremden Begriffen, und der norddeutsche Bund, später das deutsche Reich, bringen auch ein neues Strafgesetzbuch und in ihm die §§ 43 und 46.

Diese Paragraphen erscheinen als die Frucht einer wissenschaftlichen Reaktion. Man war — bei den warnenden Worten Berners — zurückgeschreckt vor der Verwirrung, in die man durch jene Begriffe vom unbeendigten und beendigten Versuch, tentative und délit manqué, geraten war, und beeilte sich daher, nicht nur die Namen — denn das war schon im preussischen G.B. geschehen —, sondern auch die Begriffe als Erfordernisse des Versuchs aus dem neu zu bildenden Versuchsparagraphen (§ 43) zu entfernen.

Man verzichtete auf ihre kriminelle Unterscheidung und benutzte sie nur, um die Eventualitäten einer Straflosigkeit des Versuchs erschöpfend darzulegen und zu differenzieren.

Ein Rückschlag im umgekehrten Sinne war unausbleiblich; ihn brachte der Entwurf einer Novelle von 1876, in welchem Sinn, haben wir gesehen.

Dritter Abschnitt.

Dogmatische Ausführungen.

I. Feststellung des Unterschiedes.

Wenn es wahr ist, dass unser R.Str.G.B. die Fundgrube, welche in der Scheidung des Versuchs in unbeendigten und beendigten liegt, nicht ausgenutzt hat, und der Endpunkt der Entwickelung noch nicht erreicht ist, dann ist es auch berechtigt, eine dogmatische Deduktion der Begriffe beider Versuchsstufen zu unternehmen.

Die Verquickung der Gradation in unbeendigten und beendigten Versuch mit den Fällen der Straflosigkeit des Versuchs, welcher wir in den meisten Gesetzgebungen und zuletzt noch in unserem R.Str.G.B. begegnen, kann unmöglich auf einem Zufall beruhen. Gehen doch einige Schriftsteller, z. B. Baumgarten, so weit, zu behaupten, dass in der Anwendung auf diese Fälle der Straflosigkeit des Versuchs der einzige Wert der Gradation bestehe.

Wenn auch solche Behauptungen weit über das Ziel hinausschiessen, so finden wir doch schon in der Epoche, wo ein ungenauer Sprachgebrauch das Wort „Rücktritt“ im gegebenen Falle bei beiden Stufen des Versuchs anwendet, eine Differenzierung in der eben geschilderten Art.

Der Grund liegt auf der Hand. Der Tadel der Inkorrektheit, welcher diese gleichmässige Anwendung des Wortes „Rücktritt“ auf beide Grade trifft, enthält zugleich den Weiser für den einzuschlagenden Weg.

„Zurücktreten“ kann der Thäter nur so lange, als er die Handlung noch nicht vollendet hat. Hat er sie erst so weit gebracht, dass er nun den Naturkräften, bezw. dem ihm zum Werkzeuge dienenden Individuum das Weitere überlassen kann, so ist seine Assistenz so wie

gewisse Spanne Zeit vergehen, bevor hier der beendigte Versuch den Charakter des fehlgeschlagenen Verbrechens annimmt.

Beendeter Versuch liegt mithin vor, wenn die verbrecherischen Handlungen soweit gediehen waren, dass der rechtswidrige Erfolg nur noch durch eine neue Thätigkeit des Delinquenten selbst oder durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand abgewendet werden konnte, und eine dieser beiden Eventualitäten thatsächlich eingetreten ist.

Negativ kann man das noch ausdrücken: Beendigter Versuch ist diejenige Stufe des Versuchs, bei der Rücktritt — im strengen Sinne des Wortes — nicht mehr möglich ist.

Dies ist der Thatbestand; sein charakteristisches Merkmal, welches zugleich eine besondere kriminelle Behandlung rechtfertigt, ist die qualitativ verschiedene, intensiv höhere Gefahr [5]).

Der Thäter hat mit dem Eintritt in jenes Stadium des Versuchs von all' den Faktoren, welche noch eine Vermeidung des Erfolges bewirken konnten, den sichersten, vielleicht den einzig sicheren eliminiert, und ihm selbst bleibt zu eigener Verfügung entweder gar keiner mehr, oder doch nur einer, der jenes Resultat in viel unsicherem Masse zu verwirklichen vermag.

Die Lage ist qualitativ verändert, denn alle jene Faktoren sind zumeist nicht nur von quantitativ, sondern auch von qualitativ ganz verschiedenem Werte. Geblieben müssen aber schliesslich immer noch einige sein, und sei es auch nur ein einziger, welche dann das Delikt zum Scheitern bringen.

II. Die Stufe des beendigten Versuchs im Verhältnis zu den verschiedenen Versuchstheorieen; die Versuchsdefinition des § 43 R.Str.G.B. im Verhältnis zu den verschiedenen Versuchstheorieen, und Folgen aus diesen Verhältnissen für die anzunehmende Legaldefinition des beendigten Versuchs.

Wir haben in wenigen knappen Sätzen das Wesen des beendigten Versuchs skizziert. Wir haben dies — das geben wir ohne Weiteres

---

[5]) Wie dieses Moment das einzig sichere Merkmal für den Eintritt des beendigten Versuchs ist, so ist es auch die einzige Rechtfertigung einer schärferen kriminellen Behandlung desselben. Wenn Stooss a. O. 1894 zu art. 14 die Rechtfertigung darin sieht, dass es bei dem beendigten Versuch „oft nur von einem Zufall abhänge und von dem Willen des Thäters ganz unabhängig sei, ob das Verbrechen gelinge oder nichtgelinge", so ist dies nur eine in das Licht einer radikal objektivistischen Versuchstheorie getauchte Begründung des beendigten Versuchs. Im Effekt kommt sie mit der obigen auf dasselbe hinaus.

zu — mit Absicht gewissermassen naiv und unbefangen gethan, d. h. ohne die zum Teil sehr weit auseinander gehenden Versuchstheorieen zu berücksichtigen. Einen solchen Standpunkt kann man aber auf die Dauer nur dann einhalten, wenn man der Überzeugung ist, dass das Ergebnis bezüglich des beendigten Versuchs das nämliche bleibt, mag man nun bezüglich des Versuchs überhaupt prinzipiell vom objektiven oder subjektiven Standpunkt ausgehen. Dass dies der Fall sei behauptet Leuthold[6]). Gegen ihn wendet sich indessen v. Buri[7]) Es fragt sich nun, welcher von beiden Schriftstellern recht hat.

Um dies zu entscheiden, ist es nicht zu vermeiden, mit einem Worte die verschiedenen Versuchstheorieen zu charakterisieren. Es giebt deren bekanntlich im Wesentlichen drei:

1. Eine objektive Theorie: Danach kann ein strafbarer Versuch erst angenommen werden, wenn der auf die Vollendung gerichtete Wille einen objektiven Anfang derselben verwirklicht hat.[8])
2. Eine gemässigte, ich möchte sagen, Gefährdungstheorie. Diese Theorie zerfällt wiederum in zwei Richtungen. Die eine derselben — ich nenne sie „reale Gefährdungstheorie" — straft die Kundgebung des verbrecherischen Willens, soweit dieselbe thatsächlich menschlichen Rechtsgütern gefährlich war[9]), die andere — ich will sie „ideelle Gefährdungstheorie" nennen — schon, soweit diese Kundgebung „den Bestand der rechtlichen Ordnung" gefährdete.[10])
3. Die dritte — subjektive — Theorie schliesslich straft schon die Kundgebung des verbrecherischen Willens als solchen[11]).

[6]) A. O. Gutachten 1876, vgl. v. Buri, a. O. in Goltdammers Archiv Bd. 25 S. 289.

[7]) A. O. in Goltdammers Archiv Bd. 25, S. 289.

[8]) So die meisten gemeinen deutschen Strafgesetzbücher; Zachariä a. O. II § 263 ff., und viele andere, insbesondere Carrara a. O. S. 107, die italienischen Kodifikationen (z. B. der Codice penale von 1889 Art. 62) und die französische Doktrin.

[9]) So Romagnosi a. O. § 694; Weber a. O. S. 21 ff.; Hufnagel a. O. S. 129 ff.; Cohn a. O. S. 307; v. Liszt, Lehrb. § 47 S. 183; Berner, Lehrb. § 77 u. Anm. 3, welcher auf diesen Standpunkt indessen nicht a priori, sondern auf Grund der Gesetzesinterpretation gelangt.

[10]) So Kohler, Studien I 24. Er steht zwar noch auf dem Gefährlichkeitsstandpunkt, will aber die Gefahr bemessen nicht danach, „wie die Sache ausgeführt, sondern wie die Sache geplant war". (a. O. S. 25.)

[11]) So nach dem Vorgange v. Buris in Goltdammers Archiv Bd. 25 S. 265 ff. und in der Zeitschr. f. d. ges. Strafr. W. I. 185 das Reichsgericht in den Entsch. v. 24. Mai und 10. Juni 1880, Bd. I S. 439; vgl. die bei v. Liszt, Lehrb. § 47 Note 1 S. 182 Citierten.

Besonders hervorgehoben sei noch die Stellung der einzelnen Theorieen zu dem untauglichen Versuch. Diese ist natürlich nur ein Ausfluss ihres prinzipiellen Standpunktes. Die objektive Theorie straft den untauglichen Versuch überhaupt nicht, denn — so argumentiert sie —, „da der Versuch einen objektiven Teil der Vollendung darstelle und sonach die Möglichkeit der Vollendung enthalten müsse, diese Qualität aber im Falle eines Versuchs mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekte nicht angenommen werden könne, so müsse ein derartiger Versuch straflos bleiben“[12]).

Die reale Gefährdungstheorie straft grundsätzlich den untauglichen Versuch ebenfalls nicht. In der Begründung weichen die einzelnen Rechtslehrer konsequent ihren Spezialstandpunkten wieder von einander ab. Die einen[13]) strafen den untauglichen Versuch, sobald als er gefährlich wird; die anderen strafen unter Umständen den relativ untauglichen Versuch[14]). Einen genaueren Wegweiser geben letztere nicht an; am letzten Ende geht aber wohl auch ihre Absicht darauf aus, nur den gefährlichen untauglichen Versuch zu strafen.

Die ideelle Gefährdungstheorie und die subjektive Theorie strafen den untauglichen Versuch grundsätzlich stets, aber wieder aus verschiedenen Gründen. Die erstere straft den untauglichen Versuch, weil „mindestens im Internum des Thäters die Brücke zwischen Wunsch und Erfolg geschlagen ist, indem der Thäter eine Handlung geplant hat, welche, in den irdischen Kausalismus eingefügt, den Erfolg zu erzeugen vermöchte“[15]). Die zweitgenannte — subjektive — Theorie straft den untauglichen Versuch schliesslich lediglich des kundgegebenen verbrecherischen Willens halber[16]).

Will man nun die Stellungnahme jener verschiedenen Theorieen zu dem Wesen des beendigten Versuchs untersuchen, so muss man sich zunächst fragen, ob das Kriterium, welchem der beendigte Versuch als selbständige Begriffsstufe seine Existenz verdankt, von irgend einer jener Theorieen nicht a priori und entative verworfen wird. Dieses Kriterium ist bekanntlich die ganz besonders intensive

[12]) So fasst die objektivistische Argumentation treffend zusammen v. Buri bei Goltdammer Bd. 25 S. 275.

[13]) So v. Liszt, a. O. Lehrb. 6. Aufl. 1894, § 47 S. 183, 184.

[14]) So Berner, Lehrb. § 77.

[15]) So Kohler, a. O. Studien 1890, S. 25.

[16]) So v. Buri a. O. bei Goltdammer, Archiv Bd. 25 S. 271.

Gefährlichkeit des beendigten Versuchs. Die Gefährdungstheorieen müssen ihrem Wesen nach dieses Moment als ausschlaggebend und den beendigten Versuch als ganz eigenartig gefährlich anerkennen. Bei der realen Gefährdungstheorie bedarf das weiter keiner Erläuterung. Aber auch die ideelle Gefährdungstheorie muss bei dem beendigten Versuch in seiner obigen Markierung eine ganz besonders intensive Gefährdung der Rechtsordnung sehen.

Was nun die objektive und subjektive Theorie anlangt, so ist Folgendes zu sagen: Die objektive Theorie, welche stets mit dem Begriff und der Bedeutung des Zufalls operiert, muss konsequenter Weise ebenfalls den beendigten Versuch in seiner oben gegebenen Charakterisierung anerkennen. Sie geht dabei ebenfalls von dem Motiv der Gefährlichkeit aus, wenn auch in anderer Weise wie die Gefährdungstheorieen. Sie stellt, indem sie sowohl den absolut als auch den relativ untauglichen Versuch ausscheidet, die vom Thäter entwickelte Handlungsreihe nicht nur als potentiell, sondern als prinzipiell kausal hin. Sie unterstellt, dass die Handlungsreihe des Thäters isoliert wirken werde, und setzt den bei jedem Versuch stattgehabten Nichteintritt des Erfolges auf die Rechnung eines Zufalls. Demgemäss hat für sie beim beendigten Versuch der Thäter alle Handlungen entwickelt, welcher von seiner Seite zur Vollendung des Delikts entwickelt werden mussten, der Erfolg ist aber durch einen Zufall vereitelt worden. Konsequent dieser Anschauung ist jedesmal, wenn strafbarer beendigter Versuch, d. h. fehlgeschlagenes Verbrechen, vorliegt, der Nichteintritt des Erfolges das Werk eines unvorhergesehenen und unvorhersehbaren Glückszufalls gewesen, auf dessen Hilfe die Gesellschaft natürlich nicht spekulieren kann. Um so mehr muss also danach der beendigte Versuch ganz besonders scharf geahndet werden[17]).

Was die subjektive Theorie anlangt, so ist für sie an und für sich der oben als entscheidend hervorgehobene Umstand besonders intensiver Gefahr ja nicht massgebend. Man muss indessen diese prinzipielle Ablehnung einer Berücksichtigung der „Gefahr" cum grano salis nehmen. Schliesslich straft doch jene subjektive Theorie den verratenen verbrecherischen Willen, der diesmal allerdings vielleicht ganz unschädlich blieb (so beim absolut untauglichen Versuch u. s. w.), am letzten Ende

---

[17]) So Motive zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel-Genf 1894, S. 131 zu Art. 14.

aus dem Grunde, weil er ein anderes Mal besser zum Ziele gelangen könnte, und dann wird die Gefahr, dass dem Verbrecher ein solcher Frevelmut zu eigen sein könnte, beim beendigten Versuch eine besonders intensive. Der Verbrecher hat seine Handlung mit dem Bewusstsein vollzogen, dass nunmehr der Eintritt des Erfolges mit Bestimmtheit zu erwarten sei. Damit hat er bewiesen, dass er bis zum Äussersten zu gehen willens ist, und dass man sich von ihm einer Vollendung des geplanten Delikts ein anderes Mal versehen kann. Wer aber bis zu dem Grade Subjektivist ist, auch eine solche Unterstellung abzulehnen, der wird doch zugeben müssen, dass beim Eintritt in das Stadium des beendigten Versuchs die Gefahr für den Thäter eine intensivere geworden ist, sich nun nicht mehr aus seiner Schuld herauswickeln zu können. Thatsächlich haben denn auch die Vertreter der subjektiven Theorie den qualitativen Unterschied des beendigten Versuchs vom unbeendigten stets anerkannt[18]).

Wir können deshalb zusammenfassend sagen, dass keine der bestehenden Versuchstheorieen die Annahme eines qualitativ bedeutungsvollen, intensiv gefährlicheren Wesens im beendigten Versuch als mit ihren Prinzipien unverträglich zurückzuweisen braucht und auch nicht zurückgewiesen hat.

Aus diesem Ergebnis kann man sofort die wichtige Schlussfolgerung ziehen, dass die Stufe des beendigten Versuchs an sich auch bei dem absolut ganz untauglichen Versuch denkbar ist. Diese Erkenntnis muss aber der Scheidung der Delikte in materielle und formale den Todesstoss versetzen, wenigstens ihrer Herrschaft im Versuchsgebiet; denn, wenn man davon ausgeht, dass diejenigen, welche den untauglichen Versuch überhaupt als unter den strafbaren Versuch fallend annehmen, ihn auch bis zu dem Stadium eines beendigten Versuchs emporwachsen lassen können, so hat man keine Veranlassung mehr, die s. g. formalen Delikte, welche die Erscheinungsform des beendigten Versuchs nur bei untauglicher Handlungsweise des Thäters erreichen können, vom Gebiet des beendigten Versuchs auszuschliessen.

Haben wir somit eine feste Grundlage für weitere Konstruktionen gewonnen, so entsteht nunmehr die Frage, welche Definition würde den Begriff des beendigten Versuchs in der Beleuchtung jener geschilderten Versuchstheorien am besten charakterisieren. Es versteht

---

[18]) Vgl. v. Buri a. O, bei Goltdammer S. 305.

sich von selbst, dass, wenn die Definition Parteifärbung erhalten soll, sie für jede der Theorieen auch anders lauten muss. Die betreffenden Formeln sind aber leicht erhältlich. Jahrhunderte haben uns vorgearbeitet, denn die einzelnen Autoren, welche den beendigten Versuch begrifflich zu bestimmen unternommen haben, sind dabei stets im Rahmen ihrer Parteistellung im Streite der verschiedenen Versuchstheorieen stehen geblieben. Und das ist leicht begreiflich: Personne ne peut sauter par-dessus de son ombre; wer sich daran gewöhnt hat, den strafbaren Versuch überhaupt unter einem bestimmten Gesichtswinkel zu betrachten, der wird bei Aufstellung und Abgrenzung innerer Gebiete desselben seine Fundamentalanschauung zu Grunde legen.

Was nun zunächst die objektive Theorie anlangt, so liegt für sie beendigter Versuch bekanntlich vor, wenn der Thäter alles gethan hat, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war.[19])

Die reale Gefährdungstheorie[20]) muss in diese Definition ein Moderamen hineinfügen; sie nimmt beendigten Versuch als vorliegend an, wenn der Thäter alles gethan hat, was in der Regel (d'ordinario) oder nach menschlicher Berechnung zur Herbeiführung des Erfolges nötig war.[21])

Die ideelle Gefährdungstheorie und die subjektive Theorie endlich nehmen beendigten Versuch an, sobald als der Thäter alles gethan hat,

---

[19]) So die meisten gemeinen deutschen Strafgesetzbücher; Zachariä a. O. II § 263 ff. und viele andere, besonders Carrara a. O. S. 107, die italienischen Kodifikationen (der Codice penale Art. 62) und die französische Doktrin. Manche fügen noch hinzu: „was von seiner Seite zur Herbeiführung des Erfolges nötig war". So Bauer, Anmerkungen zum hannov. Entwurf S. 387 ff.; ders. Kriminalrecht, 2. Ausg. § 68; ders. Abhandlungen aus dem Strafrecht, Göttingen 1840, I S. 331 ff. Übrigens auch Menoch Carpzow, Böhmer, Koch, das A.L.R. und der Entwurf Vegliani. An dem Objektivismus der Definition ändert diese Einschaltung nichts.

[20]) Es sei gestattet, noch einmal besonders darauf hinzuweisen, dass ich im Text nicht überall die Definitionen der Vertreter dieser Theorieen vom beendigten Versuch wiedergebe. Gerade die meisten modernen Vertreter der realen Gefährdungstheorie (v. Liszt und Berner) lassen m. E. zutreffender Weise bei ihrer Definition des beendigten Versuchs ihrer Parteistellung nicht durchschimmern. Die hier oben im Texte gegebenen Definitionen sind nur dazu bestimmt, anzudeuten, was jede Theorie sich konsequent ihrer Anschauungsweise unter dem beendigten Versuch denken muss.

[21]) So Hufnagel, Komment. z. württemb. St. G. B., Stuttgart 1839, I S. 129 ff.; Romagnosi a. O. § 694; wohl auch Weber a. O. S. 21 ff. und Cohn a. O. S. 307, dessen „Versuch" im allgemeinen identisch mit unserem „beendigten Versuch" ist.

was er zur Herbeiführung des Erfolges für nötig hielt[22]), m. a. W. „sobald der Thäter eine Handlung mit dem Bewusstsein vollzogen hat, dass der Eintritt des Erfolgs nunmehr mit Bestimmtheit bevorstehe.“[23])

Es fragt sich nun, welcher dieser Formeln wir den Vorzug geben sollen. Und da lautet der Bescheid: die Entscheidung hängt davon ab, welcher Versuchstheorie wir uns anschliessen wollen. Je nachdem man der objektiven oder subjektiven Theorie, der realen oder ideellen Gefährdungstheorie zuneigt, wird man in der von der einen oder anderen dieser Theorieen aufgestellten Begriffsdefinition des beendigten Versuchs die zutreffendste Versinnlichung des darunter vorgestellten Handlungsstadiums erblicken.

Mit diesem Ergebnis könnte man sich begnügen und die Anhänger der einzelnen Theorieen je auf die für sie geschaffene Formel verweisen, wenn einem solchen summarischen Verfahren nicht die Fassung des § 43 R.Str.G.B. im Wege stünde.

Von diesem Paragraphen ist unsere Arbeit ausgegangen und in ihn muss sie wieder einmünden; denn, da wir Deutschen nun einmal ein deutsches Reichsstrafgesetzbuch haben, so muss es sich bei jeder Erörterung und Gestaltung strafrechtlicher Begriffe in erster Linie darum handeln, das Verhältnis des geschaffenen oder zu schaffenden Begriffs zum System der nationalen Kodifikation zu bestimmen.

Ist man einmal erst zur Erkenntnis dieser vornehmsten Aufgabe gelangt, so wird man weiter sofort sagen müssen: Unser Ziel kann nur sein, eine Definition des beendigten Versuchs aufzustellen, welche in das Versuchssystem unseres Reichsstrafgesetzbuchs hineinpasst.

Die Frage ist nun, ob eine von den oben im Lichte der einzelnen Versuchstheorieen gesehenen Definitionen des beendigten Versuchs sich in das Versuchssystem des Reichsstrafgesetzbuchs hineinfügen lässt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt natürlich von der Vorfrage

---

[22]) So Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Tübingen 1855, S. 241; Hälschner, preuss. Strafrecht, I S. 205; St.G.B. f. d. Kgr. Sachsen vom 13. August 1855, Art. 40; H. Meyer, Lehrb. 1895, S. 216ff.; zweifelhaft Breidenbach, Kommentar z. hess. St.G.B. 1844, zu Art. 68, II S. 173. Analog auch das spanische St.G.B. von 1870 (wie auch von 1850) Art. 3 und das mexikanische St.G.B. Art. 26. In beiden deuten die Worte „deberian“, bezw. „debió“ auf das Willens-, d. h. also auf ein subjektives Moment. Doch ist der Subjektivismus gerade des mexikanischen St.G.B. durch die Einschaltung der Zwischenstufe für den absolut untauglichen beendigten Versuch erheblich gemildert; vgl. oben S. 34 Anm. 35.

[23]) So v. Buri in Goltdammers Archiv Bd. 25 S. 305.

ab, welche Versuchstheorie wir im § 43 R.Str.G.B. gesetzlich sanktionniert finden. Und da sind sich denn Theorie und Praxis in ihrem weitaus überwiegenden Teile darüber einig, dass die Antwort lautet: Keine. Das Strafgesetzbuch hat die Beantwortung der wichtigen und schwierigen Frage, ob bei der Beurteilung von Fällen strafbaren Versuchs der Standpunkt der objektiven oder der subjektiven, der realen oder der ideellen Gefährdungstheorie der massgebende sei, der Praxis und der Wissenschaft überlassen. Es heisst im § 43 ganz farblos und neutral: strafbarer Versuch sei vorhanden, sobald als die Ausführungsthätigkeit begonnen habe. Wir hören nichts darüber, ob diese begonnene Ausführungsthätigkeit — wie die objektive Theorie verlangt — eine objektiv zur Ausführung des Delikts geeignete sein muss, ob sie nur — wie die reale Gefährdungstheorie fordert — nach menschlichem Ermessen den deliktuosen Erfolg herbeizuführen tauglich zu sein braucht, ob sie sogar — wie die ideelle Gefährdungstheorie annimmt —, lediglich wie sie geplant war, menschliche Rechtsgüter, m. a. W. ob sie die Rechtsordnung gefährdete, oder ob sie schliesslich — womit sich die subjektive Theorie begnügt — in weiter nichts als in einer Kundgebung verbrecherischen Willens zu bestehen hat. Der Reichsgesetzgeber hat nicht Partei ergreifen wollen, und gerade diese seine Neutralitätsbeobachtung ist der Nährboden für die in der deutschen Theorie und Praxis so üppig hervorschiessenden, sich weit auseinander verzweigenden Versuchstheorieen geworden[24]).

Um uns eines Bildes zu bedienen: Die Definition des § 43 R.Str.G.B. vom „Versuch“ ist nur eine leere Form, deren Wände das Stadium der Versuchshandlungen von dem Stadium der Vorbereitungshandlungen einerseits, und von dem der Vollendung andererseits abgrenzen. Begonnene Ausführungsthätigkeit! Einen Inhalt hat diese Form nicht; damit

---

[24]) So richtig v. Liszt, Lehrb. 1894, S. 183 Note 2 zu § 47 und Kohler, Studien, I S. 9; so auch Stenglein, Gerichtssaal, Bd. 43 S. 228. Unrichtig Zachariä, Lehre vom Versuch I S. 247 ff. und Berner, Lehrb. § 77. Letztere wollen in der Fassung des § 43: „Anfang der Ausführung“ eine Parteinahme des Gesetzgebers, und zwar zu Gunsten der objektiven oder mindestens der realen Gefährdungstheorie erblicken. Mit Recht hiergegen v. Liszt und Kohler a. a. O. Die Worte „Anfang der Ausführung“ bedeuten nichts als eine Abgrenzung des Versuchsgebiets gegen das Stadium der Vorbereitungshandlungen. Das war der Wille des Gesetzgebers, und weiter liegt auch nichts in den Worten des Gesetzes. Das Argument, ein Anfang der Ausführung könne nicht vorliegen, wo die Ausführung von Haus aus unmöglich sei, ist verfehlt. Mit Recht sagt Kohler a. a. O.: „Wie vieles wird begonnen, dessen Ausführung im vollsten Bereiche der Unmöglichkeit liegt?“

wird sie erst von der Wissenschaft und Praxis versehen, und die einzelnen Versuchstheorieen haben denn auch die verschiedenartigste Materie zur Ausfüllung jener Form herbeigebracht. Die Praxis insbesondere kann mit der leeren Form nichts anfangen. Sie muss Stellung nehmen, muss — um bei dem Bilde zu bleiben — sich entscheiden, von welchem Stoffe sie nehmen will. Der massgebende Faktor ist das höchste Gericht, das Reichsgericht, welches bekanntlich zur Zeit die leere Form des § 43 mit dem Inhalt der subjektiven Versuchstheorie erfüllt hat. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Möglichkeit vorhanden ist, dass bei anderer Besetzung das Reichsgericht jede von den anderen Versuchstheorieen zur Ausfüllung heranziehen könnte. Die Fassung des § 43 R.Str.G.B. bietet dem wenigstens keine Schwierigkeit.

Wenn aber die vorausgehenden Sätze richtig sind, so muss es auch die folgende Argumentation sein: So lange als das Reichsstrafgesetzbuch gegenüber den verschiedenen Versuchstheorieen sich neutral verhält, so lange muss auch eine Definition des beendigten Versuchs, welche den Anspruch darauf erhebt, eine Legaldefinition zu werden, ebenfalls eine neutrale sein. Dies folgt aus dem Wesen des beendigten Versuchs. Wir hatten oben [25]) festgestellt, dass das Charakteristikum des beendigten Versuchs relativ, d. h. im Verhältnis zum unbeendigten Versuch, bestimmt werden muss. Wir hatten gesehen, dass beendigter Versuch vorliegt, wenn die Handlung soweit gediehen ist, dass ein Rücktritt im strengen Sinne des Wortes nicht mehr möglich ist, dass der Thäter, will er den deliktuosen Erfolg abwenden, eine ganz neue Thätigkeit zu entfalten hat. Wir hatten gesehen, dass dieser Punkt der Versuchshandlungen im Vergleich zu dem Stadium des unbeendigten Versuchs von intensiverer Gefährlichkeit ist, indem nämlich beim unbeendigten Versuch der verbrecherische Erfolg schon durch ein blosses Einhalten des Thäters, beim beendigten Versuch erst durch eine ganz neue Thätigkeit desselben abgewendet werden kann, von welchen beiden Wegen der eine sicher, der andere nur möglicherweise zum Ziele führt. Wir hatten weiterhin oben [26]) gesehen, dass die Existenzberechtigung des beendigten Versuchs nicht etwa in der einen oder anderen der verschiedenen Versuchstheorieen wurzelt, sondern dass die Wurzeln dieses Begriffs ausserhalb der Kampesfläche all' jener Theorieen liegen,

---

[25]) Vgl. oben S. 51.

[26]) Vgl. oben S. 56.

und dass die Wirkung des Einflusses jener Theorieen auf unseren Begriff sich nur darin äussert, dass derselbe je nach der ihn beleuchtenden Versuchstheorie ein verschiedenes Licht ausstrahlt, — — gerade so wie dies der Versuchsbegriff des § 43 R.Str.G.B. thut.

Aus allen jenen Gründen folgt mit unabweisbarer Notwendigkeit, mit m. E. geradezu eisern zwingender Logik, dass eine Definition des beendigten Versuchs, wenn sie der Definition des Versuchs überhaupt im § 43 R. Str. G. B. entsprechen und sich homogen in den Rahmen der gesetzlichen Grundprinzipien des Versuchssystems einfügen will, sich gleichfalls wie diese als eine leere Form, oder vielmehr als ein leerer Teil dieser leeren Form darstellen muss. Gewiss und vom Verfasser in keiner Weise bestritten ist, dass die Wissenschaft und insbesondere die Praxis, will sie den gewonnenen Begriff urbar machen und den vielgestaltigen Verhältnissen des Lebens gegenüber einen festen Boden behalten, auch diesen leeren Teil der leeren Legalform mit dem Inhalt einer oder der anderen Versuchstheorie ausfüllen muss, so wie sie heute schon mit dem gesetzlichen Begriff des Versuchs überhaupt verfährt.[27] Durchaus verfehlt und mit Entschiedenheit zurückzuweisen ist aber die Zumutung, der indifferenten Fassung der Versuchsdefinition im deutschen Reichsstrafgesetzbuch eine Definition des beendigten Versuchs an die Seite zu stellen, welche den Stempel irgend einer der Versuchstheorieen trägt. Ist die gesetzliche Form des Versuchs überhaupt bisher eine leere, so muss die Abgrenzung eines bestimmten Stadiums der Versuchshandlungen dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass man von der gesetzlichen Form einen Teil abgrenzt, aber eben nur abgrenzt, d. h. die neue Abteilung auch vor der Hand wieder leer lässt, und es auch hier wieder der Praxis und Wissenschaft anheimstellt, diese leere Form mit der von ihr imprägnierten Materie auszufüllen. Ohne Bild gesprochen: man muss eine Definition aufstellen, bei der jede der verschiedenen Theorieen sich die Stufe des beendigten Ver-

[27]) Wenn demnach Reichsgerichtsrat Dr. v. Buri — vgl. die Vorrede a. E. — einwirft, die beobachtete Neutralität sei praktisch schwerlich durchführbar, so ist der Verfasser unumwunden der gleichen Ansicht. Die Praxis muss Farbe bekennen — beim beendigten Versuch gerade so wie beim Versuch überhaupt. Aber so lange das Gesetzbuch in seinem Grundparagraphen den verschiedenen Versuchstheorieen neutral gegenübersteht, muss auch jede auf eine Versuchsstufe bezügliche Definition, wenn sie eine legale sein will, die Neutralität beobachten.

suchs in ihrer eigenen charakteristischen Beleuchtung vorzustellen vermag.[28])

Eine ganz andere Frage — deren Beantwortung aber hier völlig dahingestellt bleiben muss — ist es, ob nicht vielleicht die gesetzliche Sanktion einer der verschiedenen Versuchstheorieen wünschenswert wäre, ob es sich nicht vielleicht empfehlen würde, eine jener Theorieen gewissermassen zur Staatsreligion zu erheben. Diese Frage wird von manchen Schriftstellern bejaht[29]), und in der That enthielten nicht nur ältere deutsche Landesstrafgesetzbücher eine gesetzliche Regelung der Frage, d. h. die Parteinahme für eine bestimmte Versuchstheorie, sondern auch neuere Gesetzentwürfe[30]) haben, um den endlosen unerquicklichen Kontroversen in Theorie und Praxis die Wurzel abzuschneiden, sich für eine bestimmte Versuchstheorie bekannt. Aber wenn ein Gesetz dies thut, so wird es immer bereits in dem Grundparagraphen des Versuchs Farbe bekennen müssen, niemals aber darf es seine betreffende Parteinahme oder überhaupt den Willen zu einer solchen einseitig bei der Definition des beendigten Versuchs zum Ausdruck bringen, während es die Definition des Versuchs überhaupt neutral fasst. Ein solches Verfahren ist vom logischen wie vom legislativ-technischen Standpunkt aus gleich verwerflich, das Versuchssystem des Gesetzes würde sozusagen ein schiefes Gesicht erhalten.

Eine solche neutrale Formel — um nunmehr vom Negativen zum Positiven zu kommen — auch für den beendigten Versuch aufzustellen, ist aber so schwer nicht. Wie wir schon oben[31]) im historischen Teile, als wir die verschiedenen Ansichten und Formeln den beendigten Versuch betreffend Revue passieren liessen, bemerkt hatten, kommt die Bernersche Formel, welcher die vom Entwurf einer Reichsstraf-

---

[28]) Wenn daher Prof. Dr. Birkmeyer — vgl. die Vorrede a. E. — meint, bei der vom Verfasser aufgestellten Definition würde sich doch wieder jede Theorie etwas anderes denken, so muss der Verfasser diesen Einwurf als den höchsten Beifall ansehen, denn er darf mit Befriedigung wahrnehmen, wie sehr die von ihm aufgestellte Formel des beendigten Versuchs der des § 43 R.Str.G.B. vom Versuch überhaupt analog wirkt. Diese Wirkung war aber gerade der gewollte Effekt.

[29]) So v. Liszt, Lehrb. 1894, S. 185, Note 4a. E. zu § 47 und die dort Citierten.

[30]) So die Entwürfe von England, Russland, Spanien, Schweiz (Mil. Str. G. B.) und neuerdings der Stooss'sche Entwurf a. a. O. § 14 letzter Absatz, dieser wenigstens insoweit, als er den s.g. „untauglichen Versuch" besonders behandelt.

[31]) vgl. oben S. 42.

gesetznovelle von 1876 gewählte Fassung entsprach[32]), den von uns aufgestellten Postulaten am nächsten. Man wolle sich erinnern: der Entwurf sagte: „wenn der Thäter seinerseits alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen **Handlungen vorgenommen hat, und der** zur Vollendung gehörige Erfolg .... nicht eingetreten ist". Berner sagt:[33]) „Beendigung der zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlungen", „Vollziehung der auf den Erfolg gerichteten Handlungen" oder „des Konsummationsaktes" oder schliesslich „beendigte Ausführungsthätigkeit".[34])

Diese zuletzt genannte Formel „beendigte Ausführungsthätigkeit" oder vollständiger „erfolglos beendigte Ausführungsthätigkeit" ist unbedingt die beste. Sobald man — wie der Entwurf von 1876 und auch Berner an manchen Stellen thun — das verfängliche Wort „erforderlich" wieder in die Definition hineinbringt, setzt man sich wieder der Gefahr aus, „auf dem von ihm (sc. Berner) selbst perhorreszierten objektiven Standpunkt"[35]) zu stehen. Dasselbe Risiko läuft man, wenn man den Ausdruck „auf den Erfolg gerichtete Handlungen" übernimmt, da der Einwurf naheliegt, eine Handlung sei in concreto nur auf den Erfolg gerichtet, wenn sie auch in concreto vollkommen tauglich gewesen sei, jener Ausdruck stempele also die von ihm beeinflusste Formel zu einer objektivistischen.

Aber auch absolut betrachtet, bezeichnet der Ausdruck „erfolglos beendigte Ausführungsthätigkeit" am treffendsten die Stufe des beendigten Versuchs, wohlverstanden immer in der Systematik, Färbung und Terminologie unseres Reichsstrafgesetzbuchs. Der Ausdruck teilt alle Vorzüge und, wenn man den Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuchs nicht gut heisst, sondern einen Parteikolorit für die Definition des Versuchs überhaupt fordert, auch alle Schwächen desselben. Gleichwie die Definition des Versuchs im Allgemeinen im § 43 R.Str.G.B. ist diese des beendigten Versuchs fähig, allen hin- und herwogenden Strömungen in der Versuchstheorie als Schale zu dienen; die Anhänger der subjektiven[36]) und objektiven, der ideellen

---

[32]) vgl. oben S. 38 a. E. und 39.

[33]) Lehrb. § 78; Gutachten a. O. S. 7; so auch schon das bayr. Str.G.B. von 1813 Art. 60; Krug a. O. S. 34 ff; Pfenniger a. O. S. 788; v. Liszt, Lehrb. S. 174.

[34]) Gutachten a. O. S. 6.

[35]) So mit Recht v. Buri in Goltdammers Archiv a. O. Bd. XXV S. 277 a. E., 278.

[36]) Hugo Meyer, Lehrb. a. O. S. 216 ff. Anm. 76 wird durch den Indifferentismus der Berner'schen Formel sogar verleitet, dessen Formel schlankweg für eine

und realen Gefährdungstheorie sind alle in der gleichen Lage, die gegebene Definition nach ihren besonderen Anschauungen zu kneten, gerade so wie sie dazu der Definition des § 43 R.St.G.B. vom Versuch überhaupt gegenüber in der Lage sind[37]).

Ein synonymer Ausdruck für „erfolglos beendigte Ausführungsthätigkeit" wäre auch „erfolgloser Abschluss der im § 43 R.St.G.B. charakterisierten Bethätigung des deliktuosen Entschlusses"[38]).

Um schliesslich noch einmal jedem Missverständnis vorzubeugen, sei noch bemerkt:

Wenn im Vorstehenden darauf gedrungen worden ist, eine s. g. neutrale Definition des beendigten Versuchs aufzustellen, d. h. eine solche, die allen Theorieen angepasst werden kann, die gewissermassen in der Zone aller Theorieen akklimatisationsfähig ist, so ist dies in erster Linie aus der Erwägung heraus geschehen, dass die Legaldefinition des § 43 R.Str.G.B. vom Versuch überhaupt dieselben Eigenschaften aufweisst. Sollte eines Tages der § 43 R.Str.G.B. in dem Sinne abgeändert werden, dass eine der genanten Theorieen zur gesetzlichen erhoben wird, so ist an die Stelle der neutralen Definition des beendigten Versuchs die im Geiste der adoptierten Theorie gehaltene Definition des beendigten Versuchs zu substituieren. Wir haben oben[39]) für jede der vier Haupttheorieen die betreffende Formulierung aufzustellen versucht. Der Entwurf einer Strafgesetznovelle von 1876 hat daher im Grossen und Ganzen — wenn man von den oben[40]) gerügten Mängeln absieht — eine dem Geiste und System der Versuchsbehandlung des Strafgesetzbuchs entsprechende Definition des beendigten Versuchs vorgeschlagen, während man den Motiven den Vorwurf nicht ersparen

---

subjektivistische zu erklären. Dieser Effekt ist um so bezeichnender, als v. Buri bei Goltdammer, Bd. XXV S. 277 a. E., 278 Berners Formel für eine objektivistische erklärt.

[37]) Wer übrigens wie Zachariä und Berner — vgl. oben S. 59 Anm. 24 — schon in der Fassung des § 43 R.Str.G.B. „Anfang der Ausführung" eine Parteinahme für die reale Gefährdungstheorie u. s. w. sieht, wird eine solche auch in den Worten „beendigte Ausführungsthätigkeit" erblicken. Also auch in dieser Richtung teilt unsere Definition des beendigten Versuchs mit der des § 43 R.Str.G.B. vom Versuch überhaupt ein- und dasselbe Schicksal und ist derselben Deutung, allerdings auch Missdeutung fähig.

[38]) So ähnlich v. Liszt, Lehrb. a. O. S. 174.

[39]) Vgl. oben S. 57.

[40]) Vgl. oben S. 39 u. 40.

kann, ihrer bereits oben[41]) angeführten inkorrekten und bis zu einem gewissen Grade oberflächlichen Argumentation auch noch die Unterlassungssünde zugefügt zu haben, dass sie der eigentümlichen Pflicht der Reserve, welche die neutrale Versuchsdefinition des § 43 R. Str. G. B. ebenfalls einer Formulierung des beendigten Versuchs auferlegt, garnicht gedenken.

Einer solchen Reserve befleissigt sich übrigens neuerdings auch der Stooss'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs Art. 14 Abs. 2, der den Fall des beendigten Versuchs dahin fasst: „Führt der Thäter das Verbrechen ohne Erfolg aus, ...". Bei dieser Definition ist nur bedenklich, dass Ausführung des „Verbrechens" selbst verlangt wird, freilich eine Ausführung desselben „ohne Erfolg", aber dieser Zusatz erscheint fast als eine contradictio in adjecto, wenn man streng logisch auf dem Standpunkt steht, dass ohne Eintritt des Erfolges auch das Verbrechen noch nicht als ausgeführt angesehen werden kann. „Ausgeführt" ist eben nur die verbrecherische Willensbethätigung.

Die Erörterungen dieses Abschnitts waren[42]) von der Divergenz der Meinungen Leutholds und v. Buris ausgegangen, von denen der erstere behauptete, man käme bezüglich des beendigten Versuchs zu denselben Ergebnissen, gleichgiltig für welche Theorie man sich entscheide, während der letztere dies entschieden in Abrede stellte. Die obigen Ausführungen dürften diesen Differenzpunkt — so hofft der Verfasser — beseitigen. Die Frage, ob eine Trennung des beendigten Versuchs vom unbeendigten und eine schärfere pönale Bedrohung desselben gerechtfertigt sei, ist wohl gänzlich unabhängig von dem Standpunkt, den man den verschiedenen Versuchstheorieen gegenüber einnimmt. Dagegen muss bezüglich der Formulierungsfrage die Aufrechterhaltung und Durchführung dieser Unabhängigkeit in die Bahnen, die unser deutsches Reichsstrafgesetzbuch bei seiner Behandlung des Versuchs eingeschlagen hat, eingedämmt werden. Giebt das Reichsstrafgesetzbuch diese Bahn der Neutralität auf, so hat auch die Unabhängigkeit des beendigten Versuchs von den einzelnen Versuchstheorieen die Grundbedingung ihrer Existenz verloren und wird dem

---

[41]) Vgl. oben S. 39.
[42]) Vgl. oben S. 53.

Versuch im allgemeinen in die Knechtschaft der adoptierten Theorie folgen müssen.

Die Judikatur des deutschen Reichsgerichts würde beim Festhalten seines subjektiven Standpunkts schon heut, wie sie die neutrale Definition des § 43 R.Str.G.B. subjektiv auffasst, die entsprechende neutrale Definition des beendigten Versuchs konsequenter Weise gleichfalls subjektivistisch auslegen müssen. Aber dies sind curae posteriores!

III. Prozessuale Seite unseres Unterschiedes; Verhältnis zur Anstiftung.

1. Ältere Kriminalisten wollen mitunter noch ein anderes Symptom für das qualitative Wesen des Unterschiedes zwischen unbeendigtem und beendigtem Versuch finden, und zwar in der Verschiebung der Beweislast. Sie meinen, dass bei dem unbeendigten Versuch zu Gunsten einer Freiwilligkeit des Rücktritts von seiten des Thäters präsumiert werden müsse, während bei dem beendigten Versuch dem Thäter seinerseits die Beweislast aufzubürden sei, dass der Nichteintritt des Erfolges seiner eigenen Thätigkeit zu danken sei[43]).

Natürlich entspricht eine solche Verteilung der Beweislast nicht den Grundprinzipien unseres heutigen Strafprozesses. Heute wird die Sache erledigt, je nachdem man auf dem Standpunkt des Reichsgerichts (Strafausschliessungsgrund) steht oder nicht (Schuldausschliessungsgrund)[44]), durch Vorlegung der Fragen im Sinne des § 295 Abs. 2, resp. des § 293 der Str.P.O., und das in beiden Fällen des § 46 des Str.G.B. gleichmässig.

2. Gemeinrechtliche Juristen[45]) und Partikulargesetzbücher[46]) versuchen schliesslich noch die „Anstiftung" mit den Stufen des unbeendigten und beendigten Versuchs zu kombinieren. Mit Recht führt

---

[43]) Vgl. darüber Goltdammers Archiv VIII S. 624, wo sogar, konsequent der Gleichstellung des beendigten Versuchs mit dem délit manqué, dem Thäter bei dem beendigten Versuch der Beweis der thätigen Reue verschlossen bleibt. Das bedeutet aber keine praesumptio juris et de jure zu Lasten des Thäters beim beendigten Versuch, sondern im Sinne des Obertribunals einen wesentlichen Bestandteil dieses Begriffes. Vgl. auch Breidenbach, a. O.; nicht dasselbe meinen dagegen das bayr. Str.G.B. von 1813 im art. 58 und Rossi, a. O. II. Kapitel 32. Dagegen hat das mexikanische Str.G.B. Art. 22 eine solche Beweisvermutung zu Gunsten des Thäters beim unbeendigten Versuch gesetzlich festgestellt.

[44]) Vgl. darüber Entscheid. in Strafsachen III 249 und IV 341; oben S. 30 Anm. 19.

[45]) Köstlin u. Zachariä, a. O. II. § 165.

[46]) Hessen, art. 76—78.

Berner[47]) dagegen aus, dass die Anstiftung, auch wenn sie nicht gelinge, niemals Versuch und daher auch nicht unbeendigter oder beendigter Versuch sein könne[48]). Damit sind wir der Notwendigkeit überhoben, die Anstiftung auf ihre Zugehörigkeit zum unbeendigten oder beendigten Versuch untersuchen zu müssen.

IV. Aufstellung eines Systems; über dessen Aufnahme in das R.Str.G.B. und Unterschiede in der Bestrafung.

Es ergiebt sich demnach folgendes System:

Der Versuch zerfällt in:

1. *unbeendigten Versuch: dieser ist die unbeendigte verbrecherische Ausführungsthätigkeit;*
2. *beendigten Versuch: dieser ist die beendigte verbrecherische Ausführungsthätigkeit, welche den rechtswidrig gewollten Erfolg nicht nach sich gezogen hat.*

Strafbar ist:

1. *der unbeendigte Versuch, der abgebrochen werden musste infolge von Umständen, welche unabhängig von dem Willen des Thäters waren;*
2. *das fehlgeschlagene Verbrechen, d. h. diejenige Stufe des beendigten Versuchs, wo der rechtswidrig gewollte Erfolg ausblieb infolge von Umständen, welche unabhängig von dem Willen des Thäters waren.*

Straflos sind:

1. *der unbeendigte Versuch, den der Thäter freiwillig abbrach;*
2. *der beendigte Versuch im engeren Sinne, d. h. diejenige Stufe des beendigten Versuchs, wo der Thäter den rechtswidrigen Erfolg durch eigene Thätigkeit abwandte*[49]).

Wenn nun schliesslich Berner[50]), trotz der Bejahung des qualitativen Wesens des Unterschiedes, der Möglichkeit der Legaldefinition und der Gerechtigkeit einer verschiedenen kriminellen Behandlung, es

---

[47]) Gutachten a. O. § 4, 5; ders.: „Teilnahme", 1847, S. 308 ff.

[48]) Der Stooss'sche Entwurf eines schweizerischen Str.G.B., Basel-Genf 1894, in Art. 14 Abs. 4, bedroht die versuchte Anstiftung zu besonders schweren Verbrechen besonders mit Strafe.

[49]) Das Erfordernis des § 46 no. 2 des R.St.G.B. „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war", gehört jedenfalls nicht in das System. Seine Berechtigung sogar als gesetzliches und kriminal-politisches Erfordernis bestreitet übrigens Berner, Gutachten S. 38.

[50]) Gutachten § 9.

ablehnt, eine dahingehende Reform in unserem R.Str.G.B. zu befürworten, so thut er dies nur aus Bedenken, die ihre Wurzel in Zeitverhältnissen und in dem System unseres R.Str.G.B. haben. Berner bemerkt ganz richtig, dass unser Str.G.B. die allerwichtigsten qualitativen Unterschiede der blossen Strafzumessung überlasse. Es sei also eine Durchbrechung des ganzen Systems, wollte man für den unbeendigten und beendigten Versuch besondere Strafsätze aufstellen. Eine solche Durchbrechung lasse sich nur durch ein tiefempfundenes Bedürfnis rechtfertigen, welches aber keineswegs vorliege[51]).

Diese Ansicht sprach Berner 1876 aus. Nun sind allerdings seitdem Novellen zum Str.G.B. geschaffen worden; ob aber diese materiellen Veränderungen auch eine Änderung in dem System mit sich gebracht haben, eine Änderung wenigstens in dem Sinne, dass der Boden der Aufnahme einer Unterscheidung, wie der in unbeendigten und beendigten Versuch, günstiger wäre, das unterliegt gerechten Zweifeln.

Daher wird man wohl nicht umhin können, auch heute noch der Ansicht, die Berner 1876 aussprach, eine aktuelle Bedeutung zuzuschreiben, d. h. man wird sich vor der Hand, so lange das System unseres Reichsstrafgesetzbuchs unverändert bleibt, damit begnügen müssen, die härtere kriminelle Ahndung des fehlgeschlagenen Verbrechens der richterlichen Strafzumessung zu überlassen. Indessen wird nun nach der Annahme des bürgerlichen Gesetzbuchs wohl auch eine Revision des Strafgesetzbuchs nicht mehr lange auf sich warten lassen, und sie wird uns hoffentlich nicht nur eine Reform des Strafensystems, sondern auch eine Differenzierung der dogmatischen Begriffe bringen. Dann wird man wohl auch nach dem Vorgange des mexikanischen (Art. 19, 25 und 26), spanischen (Art. 3) und italienischen Strafgesetzbuchs (Art. 61, 62), sowie des Entwurfs eines schweizerischen Strafgesetzbuchs von 1894 (Art. 14) die Stufe des Versuchs in ihre beiden in der Natur der Sache liegenden Stadien des unbeendigten und beendigten Versuchs wieder zerlegen müssen, und die Regierung würde diesmal wohl schwerlich wie 1876 mit einer dahingehenden Vorlage scheitern. Denn man wird allgemach eingesehen haben, dass der Hinweis auf die Rechtsprechung versagt. So Unvergleichliches eine feinsinnige Civiljustiz — ich erinnere an die wahrhaft rechtschaffende Judikatur des preussischen Obertribunals und des Reichsoberhandelsgerichts — im Sinne einer Differenzierung der Gesetzesnormen zu leisten im Stande

[51]) Ebenso v. Buri bei Goltdammer, Archiv Bd. 25 S. 306.

ist, so wenig wird die Strafjustiz durchschnittlich dieser Aufgabe gerecht werden. In der Civilrechtspflege bringen die Parteien jeden Tag eines der stets wechselnden, stets sich neugestaltenden Rechts- und Lebensverhältnisse vor den Richter und fordern, dass er die am nächsten kommenden Rechtsnormen dem Leben anpasse. Im Civilprozesse giebt es kein „Non liquet“[52]), das Rechtsverhältnis muss unter ein Gesetz subsumiert werden, die Abweisung einer Klage wegen Mangels auf den Fall anwendbarer Rechtssätze birgt eine Justizverweigerung in sich.

Anders im Strafprozess! Hier verbieten sich Extensivinterpretation oder Analogie von selbst, denn „nulla pœna sine lege“. Aber auch bei Rubrizierung eines Falles unter ein auf ihn zutreffendes Strafgesetz begnügt sich der Richter mit der dahingehenden thatsächlichen Feststellung und einer Begründung des Strafmasses aus allgemeinen Erwägungen oder den Umständen des Falles. Eine Differenzierung des angewandten Strafgesetzes, d. h. eine Feststellung des inneren Thatbestandsgebietes, welches der betreffende Fall im grossen Rahmen des Thatbestandes des angewandten Paragraphen einnimmt, wird der Strafrichter in der Regel nicht vornehmen. Es würde auch ein solches Verfahren ausserhalb des Bereiches seiner Aufgabe liegen. Will man daher die Praxis veranlassen, in jedem einzelnen Fall Farbe zu bekennen, und festzustellen was für eine Art der in Frage kommenden Gattung vorliegt, damit auch die kriminelle Ahndung und Behandlung dem entsprechend bewusst abgestuft und differenziert werden kann, so bleibt dem Gesetzgeber schon nichts anderes übrig als selbst zu differenzieren[53]).

Dass dem so ist, hat gerade das Schicksal der Unterscheidung zwischen unbeendigten und beendigten Versuch nach 1870 am deutlichsten gezeigt. Nachdem das deutsche Gesetzbuch die Differenzierung in ihrer Eigenschaft als Strafschärfungsgrund fallen gelassen hatte, geriet sie auch in der Praxis bald in Vergessenheit und ist schon heut aus den Strafurteilen der deutschen Gerichte verschwunden. Das Scheitern des Versuchs ihrer gesetzlichen Wiedereinführung im Jahre 1876 möge keine Präjudiz bilden. Aber wir können und

[52]) Freilich wird von einem Civilurteil berichtet, das da gelautet haben soll: „Da Rechtens kein Ausweg, wird die Klage abgewiesen“.

[53]) So auch Mayer, der Entwurf eines Strafgesetzes für Italien in Goltdammers Archiv Bd. 35 S. 358.

müssen warten, bis die in Aussicht gestellte Revision des gesamten Strafgesetzbuchs in Angriff genommen wird, und dazu wird es wohl vor 1900 — dem Jahre des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuches — nicht kommen.

Zum Schlusse kommt noch in Frage, in welcher Richtung sich denn die schärfere kriminelle Ahndung des beendigten Versuchs zu bethätigen haben würde. Und da sei denn darauf hingewiesen, dass, während das italienische Strafgesetzbuch für die qualitativ gefährliche Stufe des beendigten Versuchs nur quantitativ höhere Strafen festsetzt, der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs von 1894 neuerdings in höchst origineller Weise der qualitativ gefährlicheren Stufe des Versuchs auch eine qualitativ schärfere kriminelle Behandlung angedeihen lässt. Er bestimmt nämlich in Art. 14: „Der Versuch (unbeendigter Versuch) eines Verbrechens wird (d. h. obligatorisch) milder bestraft. Führt der Thäter das Verbrechen ohne Erfolg aus (beendigter Versuch), so kann (fakultativ) er milder bestraft werden.“

So bestechend diese Unterscheidung aber auch sein mag, so wenig ist sie m. E. zu befürworten; denn die Zulassung der Eventualität, dass unter Umständen der Versuch ebenso bestraft wird wie die Vollendung des Verbrechens, führt mit radikalem Subjektivismus zu praktisch ganz unerhörten Konsequenzen.[54])

Bleibt demnach nur noch eine quantitative Strafschärfung für den beendigten Versuch. Und da sind dann verschiedene Permutationen möglich, je nachdem man das Strafmaximum oder Strafminimum oder beide variieren lässt. Der Entwurf einer Strafgesetznovelle von 1876 stellte für beide Versuchsstufen ein gleiches Strafmaximum auf und liess nur das Strafminimum des beendigten Versuchs über das des unbeendigten hinausgehen. Das italienische Strafgesetzbuch schliesst sich dem bezüglich der Verbrechen, deren Vollendung mit ergastolo bedroht ist, an, bezüglich der übrigen ermässigt es die Strafe des vollendeten Verbrechens, wenn unbeendigter Versuch vorliegt, von um die Hälfte bis zu zwei Dritteln, und, wenn beendigter Versuch vorliegt, von um ein Sechstel bis zu einem Drittel, m. a. W. die Maximalstrafe

---

[54]) Nur die bereits oben S. 52 Anm. 5 charakterisierte Motivierung der schärferen kriminellen Ahndung des beendigten Versuchs überhaupt konnte zu einem so gewagten Nivellierungsunterfangen von Versuch und Vollendung führen.

des unbeendigten Versuchs ist niedriger als die Minimalstrafe des beendigten Versuchs. Auch dies geht entschieden zu weit. Am rationellsten ist m. E. der Vorschlag v. Buris[55], zwar nicht, wie der Entwurf einer Strafgesetznovelle von 1876 beabsichtigte, bis zu einer völligen Gleichstellung der Maximalstrafen beider Versuchsstufen zu gehen, wohl aber die Maximalstrafe des unbeendigten Versuchs höher zu fixieren als die Minimalstrafe des beendigten Versuchs; denn der Fall, dass unter bestimmten Voraussetzungen doch einmal ein beendigter Versuch nicht strafbarer ist als der unbeendigte Versuch, ist immerhin denkbar[56].

Es kommt übrigens m. E. wenig darauf an, dass das Gesetz dem Richter bezüglich der verschiedenen Art der Strafermässigung so detaillierte Vorschriften macht, wie es z. B. das italienische Strafgesetzbuch thut[57]. Wenn man den Richter durch die gesetzliche Wiedereinführung und Fixierung des beendigten Versuchs zwingt, in jedem einzelnen Fall sich darüber Rechenschaft abzulegen, ob unbeendigter oder beendigter Versuch vorliege, und eine dahingehende thatsächliche Feststellung im Urteil zu treffen, so darf man die richtige Differenzierung des Strafmasses im einzelnen Falle getrost dem richterlichen Ermessen überlassen.

[55] a. O. bei Goltdammer S. 305 a. E.

[56] Nur quantitative Strafunterschiede macht übrigens auch das spanische Strafgesetzbuch von 1870 art. 66 und 67.

[57] Sehr interessant, aber noch viel komplizierter sind die Differenzierungen der Strafandrohungen des mexikanischen Str.G.B. Art. 202—204.



